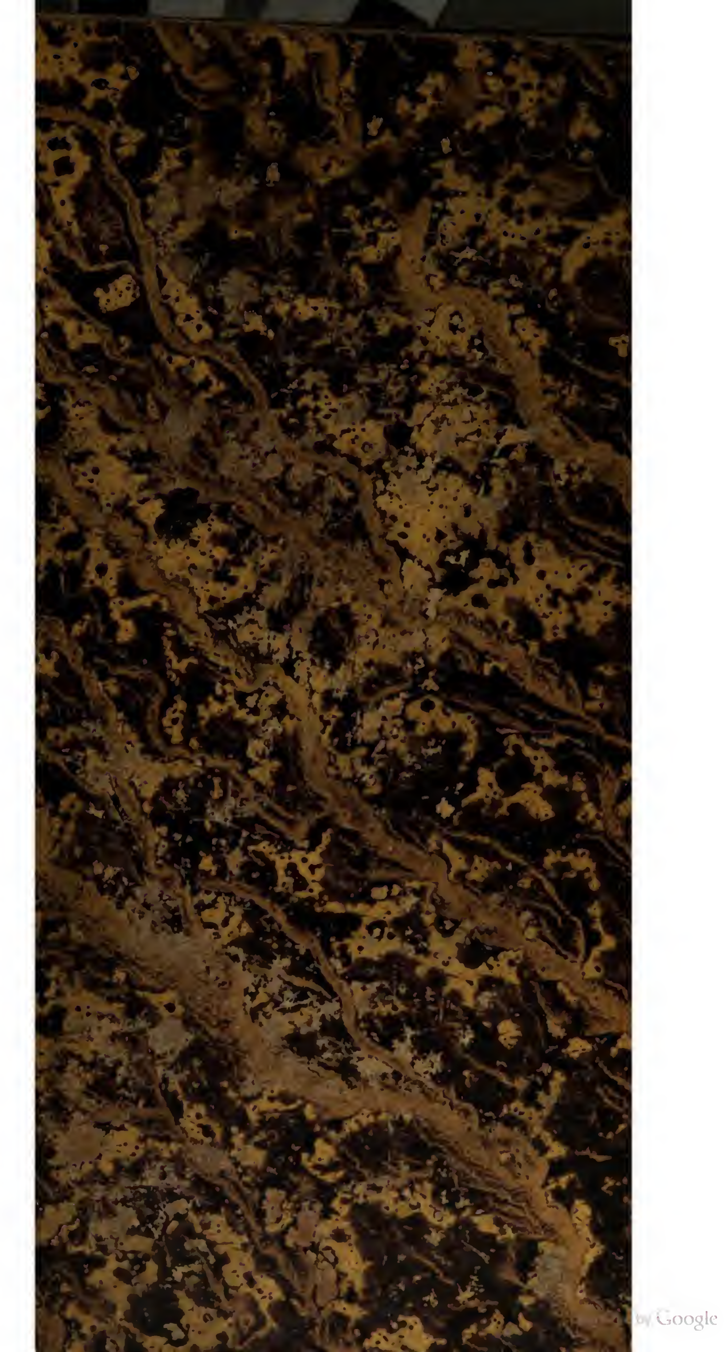
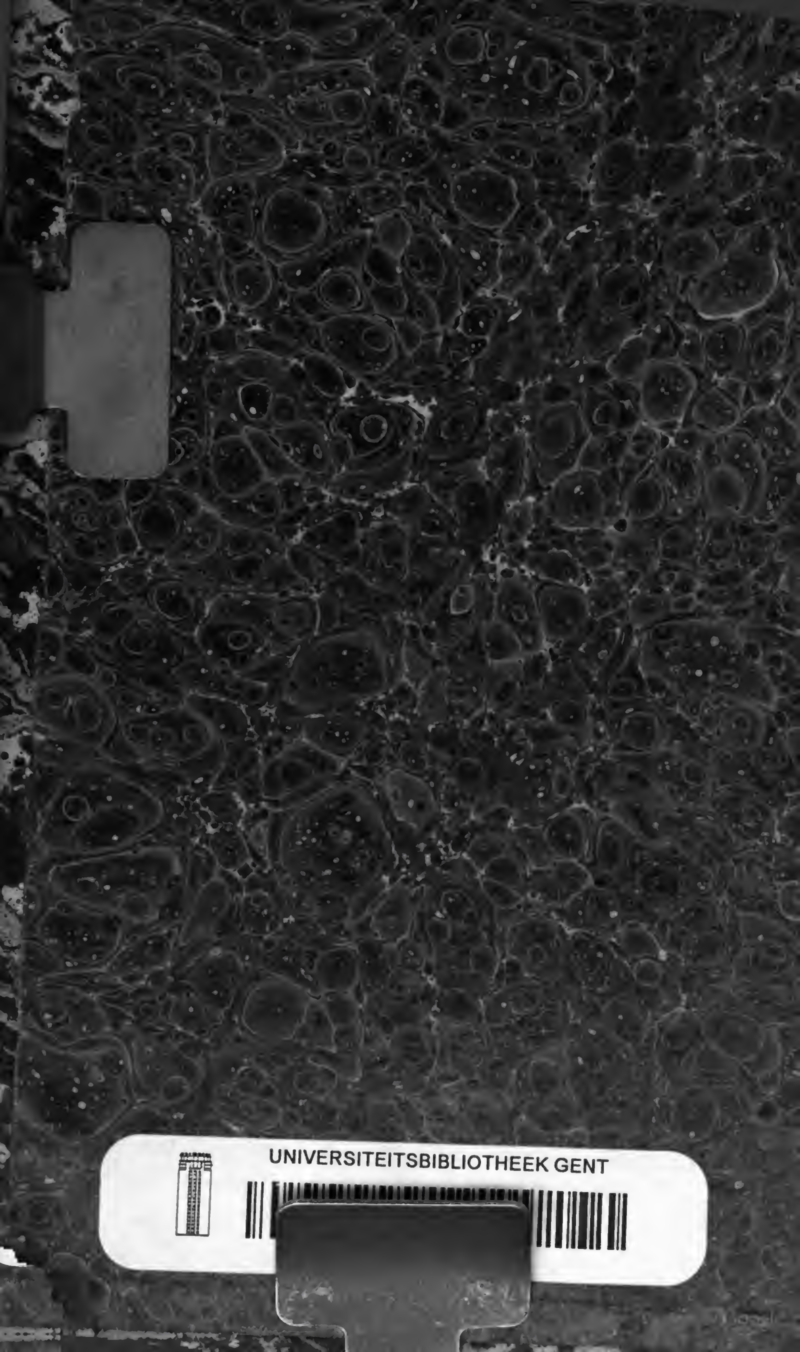
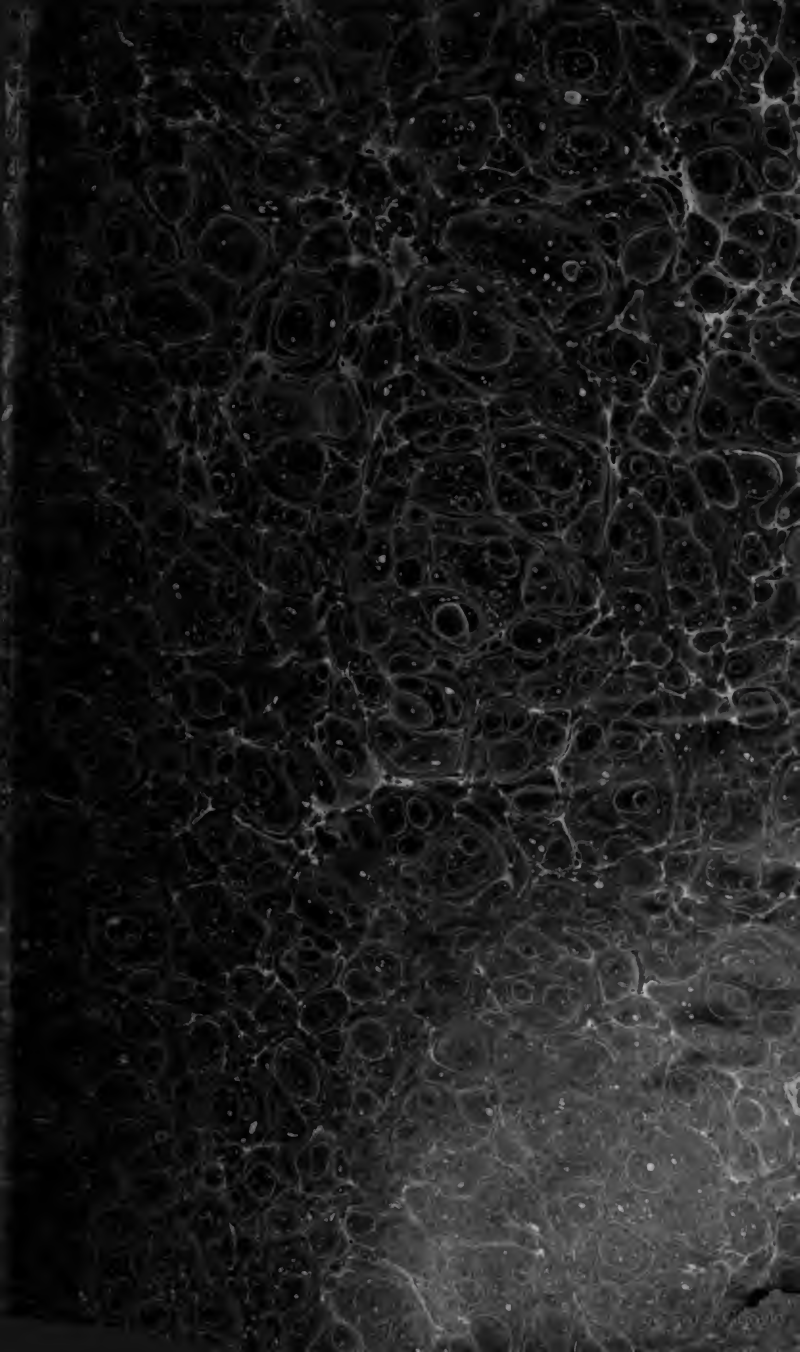






Das
Römische Privatrecht
in
seiner heutigen Anwendung.

Von

Dr. Albrecht Schweppe.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt

von

Dr. Wilhelm Mejer

Lehrer des Berg- und Forstrechts am königl. Institute zu Clausthal.

Vierte, über das Doppelte vermehrte und als Handbuch bearbeitete Ausgabe.

Dritter Band.
Obligationenrecht.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1831.

Dem

Herrn Oberjustizrathe,

Ritter des Guelphenordens,

Ernst August von Werlhof

zu Hannover

verehrungsvollest gewidmet

von

dem Fortsetzer.

Vorrede.

Nicht ohne gerechte Bedenklichkeit übergebe ich diesen dritten Band des Schweppe'schen Privatrechtes dem Publicum. Der Fortsetzer eines Werks wird immer einige Schwierigkeit finden, von seiner Mühe und seinen Hülfsmitteln eine überzeugende Rechenschaft abzulegen, sich zu entschuldigen, vorläufig zu vertheidigen und billige Beurtheiler auf den Standpunct zu stellen, wo er sie zu sehen wünscht. Als die sehr geschätzte Verlagsbuchhandlung mir den in jeder Beziehung mich überraschenden Antrag zur Fortsetzung dieses Handbuchs des heutigen Römischen Rechts machte, wagte ich denselben anzunehmen. Denn obgleich ich mit dem sel. D. A. R. Schweppe niemals in Verbindung gestanden habe, seine Ansicht und Weise mir auch nicht

allenthalben zusagte, noch sonst äußere Ursachen mich bestimmen konnten, die Ausarbeitung der noch fehlenden drei Bände seines Röm. Privat-R. zu übernehmen: so war ich doch mit dem Plane des Verstorbenen, ein gelehrtes Handbuch für Praktiker zum Zwecke der Veredlung der Praxis mittelst quellenmäßiger Wissenschaft, zu liefern, sehr wohl einverstanden. Ich hoffte nun, als ich die Fortsetzung übernahm, dabei von dem handschriftlichen Nachlasse des sel. Schweppe um so mehr unterstützt zu werden, als einer seiner Freunde, welcher zunächst dessen durchschossenes und mit Anmerkungen versehenes Exemplar der dritten Auflage in der Hand gehabt, geäußert hatte, es werde zur Fortsetzung kaum etwas mehr bedürfen, als die beigeschriebenen Notizen des Verfassers mit dem Text der dritten Ausgabe zu verschmelzen. Leider, lehrte eine nähere Untersuchung des erwähnten mir nachmals ausgehändigten Exemplars, daß dieß geradezu unmöglich sey, wenn man den Character dieses Handbuchs nicht ganz verändern und nicht einen nur gering vermehrten Abdruck des Compendiums (3. Auflage) liefern wollte. Nicht bloß daß der gedruckte 1. u. 2. Theil, welchen der Verstorbene bereits herausgegeben, in vielen Stellen

eine gänzlich neue Bearbeitung nachwies, gegen welche die vorgefundenen Bemerkungen jenes Manuscr. äußerst dürftig erscheinen und fast verschwinden, — es fand sich auch, daß Schweppe diese Bemerkungen, wie sie ihm bei seinen übrigen Berufsarbeiten sich ergeben haben oder die Folge seiner Lectüre gewesen seyn mochten, fürs Erste um sich selbst daran zu erinnern, fast immer nur ganz flüchtig und kurz (manchmal bloß mit einem Worte, ja hin und wieder einem Striche oder Zeichen) hingeworfen hatte; daß sie ebenso oft nachmals von ihm selbst wieder abgeändert und umgestellt, verworfen und bezweifelt, als beibehalten zu seyn schienen; und es kam dazu endlich, daß selbst die ausführlichsten Notizen des Verstorbenen häufig an einer theilweisen Unleserlichkeit leiden, wenigstens für Jemand, der Schweppe's Hand früher nie gesehen hat und den die Bemerkung, daß dieser selbst vieles Aufgezeichnete nachher wieder verworfen, eben nicht zur zeitraubenden Entzifferung unleserlicher Abbreviaturen anreizte. So habe ich von dem handschriftlichen Nachlasse Schweppe's fast gänzlich absehen müssen. Nur an einer Stelle in diesem Bande, nämlich nach §. 405. habe ich nach Anleitung der vorgefunde-

nen Notizen einen §. 405. a. eingeschoben und hin und wieder sonst noch eine Zeile aus denselben benutzen können. Im Uebrigen ist die Umarbeitung die meinige und ich habe also deren Mängel allein zu vertreten.

Einer der größten wird schon der seyn, welcher durch eine fremde Hand entsteht, da sich ein Fortsetzer weder die Ansichten noch die Weise des Vorgängers jemals ganz aneignen kann. Zwar habe ich mich gern, soweit ich konnte, den Eigenthümlichkeiten des sel. Schweppe angeschlossen und z. B. in seiner Anordnung aus Rücksicht auf die Verbreitung der frühern Ausgaben eine Aenderung gar nicht gewagt. Auch gehöre ich keineswegs zu denen, welche dem Römischen Privatrechte des Verstorbenen den Vorwurf machen wollen, daß es darin an literarischen Nachweisungen fehle. Dagegen scheint mir zu Erreichung des diesem Werke vorgesetzten Zweckes förderlich, daß mehr Interpretation der Quellen aufgenommen werde, und ich habe sehr ungern auch diesen Punct meistens so gelassen, wie ich ihn in der 3ten Auflage gefunden. Was darin dieß Buch bis jetzt leistet, setzt entweder den mündlichen Unterricht des interpretirenden

Lehrers oder ein gründlicheres Selbststudium voraus, als Studirende und Praktiker anzuwenden pflegen; sonst verleitet es zu einem bloßen Nachschreiben der Citate, bei welchem die Quellen selbst vernachlässigt werden. Es ist aber für den Zweck des Handbuches bei einer sehr großen Anzahl Gesetzesstellen nothwendig, wenigstens soviel Wort- und Sinnerklärung hinzuzufügen, daß der Unkundigere belehrt werde, warum sie eben citirt worden sind. Hierdurch würde das quellenmäßige Studium des Römischen Rechts beträchtlich unterstützt, seine innere Consequenz aufklärend nachgewiesen und die größte Zahl der Controversen auch demjenigen genügend widerlegt oder weggeräumt werden, welcher die Geschichte des Römischen Rechts genauer zu studiren nicht Zeit gehabt hat. Wollte man aber, selbst mit Berücksichtigung eines billigen Preises und Vermeidung unnöthiger Weitläuftigkeit, nach dieser Ansicht und mit wenigen andern praktisch scheinenden Zusätzen das Handbuch ausarbeiten, so würde jeder Band doch fast ein Dritttheil stärker werden, als jetzt. Schon deßwegen wäre eine solche Erweiterung des Plans meines Vorgängers bei der dießmaligen Fortsetzung unthunlich gewesen, und die

Umstände werden lehren, ob sie bei einer etwanigen künftigen Bearbeitung des Handbuchs angebracht ist.

Waren mir auf diese Weise die Grenzen angewiesen, in denen ich mich zu halten hatte, so blieb mir auch wegen Kürze der Zeit, binnen welcher die Verlagshandlung den Besitzern der ersten beiden Bände den folgenden zu liefern wünschen mußte, nicht Muße genug, um alles dasjenige zu vergleichen und herbeizuziehen, womit ich diese Fortsetzung gern ausgestattet hätte. Möge sie billige Beurtheiler finden, welche geneigt sind, das dargelegte Verhältniß zu einer Entschuldigung sprechen zu lassen, wo ich derselben bedürfen werde!

Clausthal den 17. Mai 1831.

Mejer.

Inhalt.

Besonderer Theil.

Zweites Buch.

Von der Obligation.

Vorläufige Erörterungen.

I. Allgemeine Natur der Obligationen.

II. Entstehungsgründe der Obligationen. §. 410.

A. Verträge.

Erstes Hauptstück.
Allgemeine Grundsätze über die Verträge.

Zweites Buch.

Von der Obligation[1]).

Vorläufige Erörterungen.

I. Begriff der Obligation.

§. 369.

Das Sachenrecht stellt Besitz, Eigenthum und Einschränkungen des Eigenthums als feststehende und fertige Resultate des Verkehrs in den Vermögensverhältnissen der Menschen dar; das Obligationenrecht lehrt, wie dieser juridische Verkehr sich verzweigt und bildet. Man versteht unter Obligationenrecht die Lehre von den Forderungen (Vermögensforderungen, obligatorischen Rechten) und unter einer Forderung die Befugniß, von einer bestimmten Person Etwas, das sie schuldet, geleistet zu verlangen. Die Leistung bezieht sich immer auf Mein und Dein, wenn gleich zuweilen nur so entfernt, daß sie unter Umständen diesen Maßstab (des Vermögenswerthes) nöthig macht; wogegen das Familienrecht Befugnisse enthält, welche eine

1) K. Bucher, das Recht der Forderungen. 2te Aufl.

Unterordnung der einen Person unter die andere voraussetzen. Obligation [1]) ist also das Rechtsverhältniß zwischen zwei bestimmten Personen, durch welches eine der andern zu einer Leistung verpflichtet ist [2]). Ursprünglich hieß bei den Römern bloß das Schuldverhältniß Obligation; nachher [3]) auch die entsprechende Befugniß dessen, welcher die Leistung zu fordern hat, jus ex obligatione, so daß darunter sowohl das Recht des Gläubigers als die Pflicht des Schuldners verstanden wird [4]). Manchmal verstehen unsere Quellen darunter auch die obligatorische Thatsache, die Handlung, durch welche eine Obligation errichtet wird. — Unrichtig ist, Verbindlichkeit im Allgemeinen mit Obligation zu verwechseln, und nach dem Gebrauche der Röm. Juristen, Obligation für Befugniß und Schuldverhältniß zu nehmen, ist dieß Wort auch mit obligatorischer Verbindlichkeit nicht gleichbedeutend.

Darin unterscheidet sich Obligation von den Rechten, welche Eigenthum und Familienverhältnisse geben, noch wesentlich, daß die Forderung da ist, um erfüllt zu werden, also um aufzuhören, während Sachen- und Familienrechte dauernd sind.

Wer im passiven Obligationsverhältnisse steht, ist schuldig (debet, seine Schuld heißt debitum, er selbst Schuldner [5]), debitor). Wer die Forderung hat, der ist Gläubiger (creditor [6]), creditum, credit).

1) Hugo, Magaz. 3, 20. Schweppe, Mag. 1, 10. 6.

2) pr. I. de obligationibus (3. 14.) l. 3. pr. D. de O. et A. (44. 7.) §. 1. I. de action. (4. 6.)

3) §. 2. I. de reb. corp. et inc. (2. 2.) §. 1. I. de duobus reis (3. 17.) inscript. I. 3. 29.

4) § 4. I. de inutilib. stipul. (3. 20.) l. 10. D. de act. E. et V. (19. 1.) l. 5. fin. D. de fidej. et mand. (46. 1.) l. un. Cod. si servus extero. (4. 36.)

5) l. 178. §. 3. D. de V. S. (50. 16.)

6) l. 1. D. de reb. cred.

Zwischen vielen Gläubigern und Schuldnern findet ein eigenthümliches Verhältniß bei der Entstehung der Forderung Statt, das man im Römischen Rechte [1]) contractus nennt, gleichsam „Verknüpfung"; — wovon das Gegentheil sich auch zuweilen findet, distractus [2]), Lösung, — gewöhnlicher solutio, Lösung, Zahlung.

II. Arten der Obligation.

§. 370.

Für die Methode gewähren die Eintheilungen der Obligation, welche erst von den Neuern ausgebildet sind, einige Vortheile; nämlich in mittelbare und unmittelbare Obligation, von denen jene die ist, welche nicht wesentlich aus einem Factum des Verpflichteten entspringt, sondern aus einer andern Thatsache; in selbstständige und accessorische, von denen sich diese immer auf eine selbstständige beziehen muß, wenngleich sie nicht in allem Betracht davon abhängig ist; und in einseitige und zweiseitige, von denen bei jener nur Ein Theil verpflichtet zu seyn braucht, bei dieser beide Theile verpflichtet seyn müssen.

Zum Verständniß unserer Quellen aber und des ganzen Römischen Obligationenrechtes ist am wichtigsten die Eintheilung der Obligationen in civile und natürliche. In den Rechten war anfänglich bei den Römern bloß die Rede gewesen von denjenigen Forderungsverhältnissen, in denen dem Berechtigten die Rechtspflege wegen eines aus-

(12. 1.) l. 1. D. de compens. (16. 2.) l. 10 — 12. D. de V. S. (50. 16.)

1) l. 19. D. de V. S. (50. 16.) l. 20. D. de judic. (5. 1.) l. 52. D. de re judic. (42. 1.)

2) l. 5. §. 3. D. de O. et A. (44. 7.) l. 47. D. de V. S. (50. 16.)

drücklichen Gesetzes oder anerkannter Gewohnheit beistand. Man nannte diese alt-angesehenen Forderungsrechte nachmals Civilobligationen, ursprünglich waren sie allein [1]) Obligationes genannt; sie waren sowohl diejenigen, welche nach eigentlichem Civilrecht gelten [2]) (im Gegensatze des jus gentium), als die alten strengen [3]) Obligationen (im Gegensatz des jus praetorium und der neuern Billigkeit). Diese Civilobligationen geben Einreden und Klagen und heißen daher vollgültige, wirksame [4]) Obligationen. — Späterhin nahm man bei der Justizpflege in Rom nicht nur die Rücksicht auf die aus allgemeinern Quellen entsprungenen [5]) obligatorischen Verhältnisse, daß man gegen unbillige Civilobligation Einreden gestattete, welche ihr die Wirkung entzogen, so daß sie zu einer sogenannten obligatio mere civilis wurde [6]); sondern auch die, daß man der bloß natürlichen Obligation, obligatio naturalis, d. i. die vom alten positiven Röm. Rechte nicht anerkannt gewesen war, und sich auf allgemeinere [7])

1) pr. I. de oblig. (3. 14.) l. 16. §. 4. D. de fidejuss. (46. 1.) l. 10. l. 108. D. de V. S. (50. 16.)

2) l. 14. D. de O. et A. (44. 7.) l. 16. §. 3. l. 21. §. 2. 3. D. de fidejuss. et mand. (46. 1.)

3) l. 1. §. 1. D. si mensor fals. mod. dix. (11. 6.) l. 3. §. 1. 2. D. de pec. constit. (13. 5.) l. 8. §. 4. D. de acceptil. (46. 4.) l. 12. D. rem pup. vel adol. (46. 6.)

4) l. 1. pr. D. de contrar. tut. et ut. act. (27. 4.) l. 32. §. 1. D. de donat. int. Vir. et U. (24. 1.)

5) Donelli comm. 12, 2 et 3. A. M. ist Weber v. d. natürl. Verb. §. 53—56.

6) l. 16. §. 1. D. ad SCt. Vellej. (16. 1.) l. 9. C. eod. tit. (4. 29.) §. 1—4. I. de exceptionibus (4. 13.) l. 26. §. 3. D. de condict. indeb. (12. 6.) l. 3. §. 1. D. de pecun. const. (13. 5.) l. 112. D. de R. J. (50. 17.). Hierbei wird durch Einreden die Klage zerstört, und selbst nach geschehener Leistung kann man zurückfordern. Nur wenn sie bloß in odium creditoris vernichtet ist, bleibt die oblig. noch naturalis. l. 3. §. 7. D. quod quisq. juris in alt. (2. 2.) l. 19. pr. l. 40. D. pr. de cond. indeb. (12. 6.)

7) l. 84. §. 1. D. de R. J. (50. 17.) l. 25. §. 11. D. de

Rechtsansichten gründete, einige Wirkung beilegte. — Abgesehen von der Klagbarkeit haben die Naturalobligationen dieselbe Wirkung, welche der civilen zukommt; nämlich: a) die Erfüllung [1]) derselben kann nicht zurückgefordert werden; b) man kann auf Naturalobligationen die Einreden der Retention und Compensation [2]) stützen; c) für sie kann Pfand und Bürgschaft [3]) bestellt werden; d) man kann auf den Grund der Naturalobligationen Novation und Constitutum eingehen [4]).

Sogenannte verworfene Naturalobligationen (obl. nat. reprobatae) nennen die Römer gar nicht mehr obligationes naturales [5]); dabei ist nicht bloß Klage verweigert, sondern die ganze Obligation ist nichtig, und Zurückforderung geschehener Erfüllung gestattet. — Von den ursprünglich wahren Naturalobligationen der Römer hatten [6]) einige ausnahmsweise nach und nach durch Gerichtsgebrauch oder sonstige Gewohnheit Klagbarkeit bekommen, z. B. das natürliche Rückforderungsrecht bezahlter Nichtschuld war zur condictio indebiti geworden. Bei diesen gilt der Name Naturalobligation nur noch historisch. Aber die noch jetzt eigentlichen Naturalobligationen sind nicht

heredit. petition. (5. 3.) l. 15. pr. l. 66. D. de condict. indeb. (12. 6.) l. 5. pr. D. de auct. et consensu (26. 8.)

1) l. 9. §. 5. l. 10. D. de SCto Maced. (14. 6.) l. 1. §. 17. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) l. 10. D. de O. et A. (44. 7.)

2) l. 51. l. 64. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 6. D. de compensationibus (16. 2.)

3) l. 13. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 5. pr. l. 14. §. 1. D. de pignorib. (20. 1.) l. 16. §. 3. D. de fidej. et mand. (46. 1.) §. 1. I. de fidejuss. (3. 21.)

4) l. 1. §. 7. D. de pecun. constit. (13. 5.) l. 1. §. 1. D. de novat. et deleg. (46. 2.)

5) Ne natura quidem debet. l. 41. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 10. D. de O. et A. (44. 7.) l. 16. §. 4. D. de fidejuss. et mand. (46. 1.)

6) l. 15. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 5. pr. D. de auct. et consens. (26. 8.) l. 8. §. 3. l. 16. §. 4. D. de fidej. et mand. (46. 1.)

klagbar [1]), und es giebt keinen consequenten Grund, anzunehmen, daß dieser Grundsatz des Röm. Rechts bei uns nicht mehr gelte.

Die neuern Rechtslehrer haben hiernach die Eintheilung erfunden in völlig wirksame (efficaces), beschränkte (limitatae) und ganz ungültige (reprobatae) Obligationen, welche Benennungen sich aus Obigem von selbst erklären.

III. Eigenthümliche Beschränkungen der Obligationen.

§. 371.

Die eigenthümlichen Beschränkungen der Obligationen sind theils Folgen des ältern Röm. Rechts, theils in der Natur der Sache gegründet.

Es folgte aus dem alten Civilrechte, daß Obligation [2]) weder activ noch passiv, d. i. weder für den Gläubiger noch für den Schuldner, durch Mittelspersonen entstehen konnte; welche Beschränkung durch Gestattung einer analogen Klage (actio utilis) [3]) in den geeigneten Fällen aufgehoben ist. — Auch war es Regel des ältern Röm. Rechts, daß wiederaufhebende Bedingungen (resolutive) und Endtermine, welche man einer Obligation beigegeben, diese keineswegs aufhoben; aber der Prätor kam [4]) dagegen

1) l. 1. §. 17. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) l. 14. D. de O. et A. (44. 7.) l. 5. §. 2. D. de solut. et liberat. (46. 3.) l. 10. D. de V. S. (50. 16.) Man mißverstehe die Stellen nicht, in denen obligatio schlechtweg der oblig. natur. entgegengesetzt ist (gerade wie bei possessio); l. 7. §. 4. D. de pactis (2. 14.) l. 14. D. de O. et A. (44. 7.) cf. l. 43. eod. l. 22. pr. de R. J. (50. 17.)

2) l. 11. D. de O. et A. (44. 7.)

3) l. 13. §. 25. D. de A. E. V. (19. 1.)

4) l. 44. §. 1. 2. D. de O. et A. (44. 7.) §. 3. I. de verbor. oblig. (3. 16.)

zu Hülfe, indem er gegen die Fortdauer der solchergestalt bestehenden Obligation die Einrede der Resolutivbedingung und des Endtermins gestattete. — Im ältern Röm. Rechte galt auch der Grundsatz, daß eine Obligation nicht erst mit dem Erben des Interessenten beginnen könne, sondern schon völlig existent vom Erblasser auf den Erben übergehen müsse, wenn sie bei diesem gelten solle; allein Justinian hob diese [1]) Beschränkung auf.

Aber in der Natur der Obligationen ist gegründet, daß sie von den ursprünglichen Interessenten und deren Erben nicht getrennt werden kann [2]); sofern nicht eine Novation hinzutritt, welche andre Theilhaber substituirt, oder sofern man jene Trennung nicht bloß in Rücksicht der Ausübung eintreten läßt. — Ferner ist die Obligation ihrer Natur nach nur gegen die Person des Verpflichteten gerichtet, d. i. sie hat keine dingliche Natur, haftet nicht an einer verpflichteten Sache oder an der Sache eines Verpflichteten. Daraus folgt, daß sie nicht gegen einen Dritten [3]), in dessen Hände etwa die Sache des Verpflichteten gekommen ist, geltend gemacht werden kann; so wie sie auch gar nicht verhindert, daß die Sachen des Verpflichteten in das Eigenthum Anderer übergehen [4]) (obwohl der Obligationsberechtigte dadurch sehr beeinträchtiget werden mag); ja der neue Eigenthümer kann vielmehr jeden fremden Genuß an der Sache, welche in den Händen des vorigen (obligatorisch verpflichteten) Eigenthümers einem dritten (obligatorisch berechtigten) Genießenden aus einer

1) l. un. C. ut act. et ab hered. et contra hered. (4. 11.)

2) l. 23. §. 2. D. de usufr. (7. 1.)

3) l. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

4) l. 15. C. de R. V. (3. 32.) l. 6. C. de hered. v. act. vend. (4. 39.)

Obligation unterworfen war, völlig [1]) ausschließen. — Endlich liegt es im Begriffe der Obligation, daß es keinen Besitz derselben giebt, weil obligatorisches Recht auf eine Leistung, also nicht auf etwas Körperliches, gehet, ohne welches körperliche Substrat der Besitz nicht Statt findet [2]).

IV. Documente über die Obligation.

§. 371. a.

Im gemeinen Leben nennt man die geschriebenen Urkunden über obligatorische Schuldverhältnisse (Handschriften) oft Obligationen schlichtweg. Sie sind nützlich für den Beweis, aber im gemeinen Rechte nicht erforderlich für das Daseyn der Forderung. Die Römer nannten solche Schriften cautio, syngrapha, chirographum.

Es muß, wenn sie wirksam und vollständig beweisen sollen, die causa debendi (das Geschäft, aus welchem man schuldet) darin angeführt seyn [3]). Gegen den dadurch geführten Beweis stehet ein Gegenbeweis der Nichtschuld allerdings zu; und beim Darlehn (mutuum s. §. 452.), so wie bei dem Brautschatze (dos s. §. 688.) gelten Empfangs- besonders Zahlungsbescheinigungen nach Röm. Rechte nur unter gewissen Beschränkungen [4]). Wenn Jemand rechtsbeständig über die ihm gehörigen Schuldscheine verfügt: so wird dieß angesehen wie Verfügungen über die

1) l. 120. §. 2. D. de legat. I. — l. 9. C. de loc. et cond. (4. 65.)

2) v. Savigny, Lehre v. Besitz. §. 49. S. 481. der 4ten Aufl.

3) l. 25. §. 4. D. de prob. (22. 3.) l. 18 C. de non num. pec. (4. 30.)

4) Gensler, Archiv für civ. Praxis. IV. 9.

Schuld selbst [1]); jedoch dehnt diese Regel sich nicht so weit aus, daß man eine Disposition über die Documente (und die Schuld) annähme, wenn der Disponent über das an einem bestimmten Orte Vorhandene verfügt, und sich da nun Schuldurkunden finden [2]). — Der Besitz des Schuldscheins macht den Besitzenden nicht zum Berechtigten der Schuldforderung, von welcher der Schein redet; auch hebt der Untergang des Scheins die Forderung keineswegs auf; — lauter Folgen davon, daß die Schrift bloß als Beweismittel, nicht als Wesentliches des obligatorischen Verhältnisses in den Rechten betrachtet wird.

V. Schuldscheine auf den Inhaber.

§. 371. b.

Von dem Satze, daß der Besitz eines Schuldscheins den Besitzenden nicht zum Berechtigten der Forderung mache, von welcher der Schein redet, bilden die Schuldscheine auf den Inhaber, Obligationen au porteur, eine nur der neuesten Zeit angehörige, hier nicht zu übergehende Einrichtung. — Das Document ist wegen eines wirklich vorhandenen Schuldverhältnisses ausgefertiget und anfänglich dem ersten wahren Gläubiger übergeben. Um diesem aber, für weitern Verkehr, die Last der Cession wegzuräumen, und den Schuldschein fast wie Papiergeld (aber immer als eine Forderung, nicht als Waare!) umgehen zu lassen, hat man das Document so ausgestellt, daß der Besitz des Scheins selbst den Beweis einer rechtlich geschehenen, ja vom Schuldner selbst im Voraus anerkann-

1) l. 59. D. de legat. III. 17.) l. 7. C. de hered. vend. l. 2. C. quae res pignor. (8. (4 39.)

2) l. 86. pr. D. de legat. II.

ten Cession bildet. Mithin ist das Document selbst gleichsam der Gläubiger und der jedesmalige Besitzer desselben übt die Rechte des Gläubigers für die Zeit seines Besitzes aus. Dieß hat mehrere wichtige Folgen; besonders: 1) man kann keinem Inhaber Einreden, welche aus der Person seines Vorgängers entspringen, entgegenstellen (wie es doch bei Wechseln der Fall ist); denn da jene stillschweigende Cession, als vollgültig und im Voraus anerkannt, angenommen wird: so muß der Schuldner, der durch die Clausel, „jedem Inhaber zahlen zu wollen," auf alle Einreden, welche aus der Person eines Vorinhabers hervorgehen, Verzicht geleistet hat, jeden Inhaber respectiren. 2) Die lex Anastasiana ist aus demselben Grunde nicht anwendbar; die Art des Uebergangs vom Vorgänger auf den Inhaber wird nicht in Betracht gezogen. 3) Der Untergang des Documentes hebt die Forderung auf.

Ziemlich gleich mit Schuldscheinen au porteur sind diejenigen, welche „ohne den Namen des ersten Gläubigers, im Allgemeinen auf den getreuen Inhaber" lauten. Denn für getreu (bonae fidei) gilt jeder Inhaber bis zum Gegenbeweise.

Schuldscheine aber, die auf einen bestimmten ersten Gläubiger, unter Hinzufügung „oder andere getreue Inhaber," ausgestellt sind, unterscheiden sich von den obigen wesentlich; denn sie sind gewöhnliche Verschreibungen für den Gläubiger und dessen erweislichen Cessionar, — setzen also den Beweis der Cession keineswegs voraus.

I.

Allgemeine Natur der Obligationen.

Erster Abschnitt.

Von den Subjecten der Obligation.

I. Allgemeine Grundsätze.

§. 372.

Zum obligatorischen Verhältnisse sind jetzt, da wir keine Sclaven [1]) haben, alle Menschen fähig, bei denen ein vernünftiger Wille gesetzlich vorausgesetzt wird (s. unten §. 413.); selbst furiosi und infantes können durch ein Sachverhältniß [2]) verpflichtet werden (re obligantur), wenn gleich nicht durch ihren Willen, da sie keinen haben.

Es gehören zu jeder Obligation wenigstens zwei Subjecte, Gläubiger und Schuldner; wer jener oder dieser sey, wird bloß durch das Geschäft selbst, oder die Thatsache, bestimmt, aus welcher das Verhältniß entspringt. Außer den wahren Interessenten können andere Personen, wenn auch durch Verwandtschafts- oder sonstige Verbindungen mit einem der Betheiligten verknüpft, statt desselben nicht eintreten; also kann der Gläubiger auch keinen Angehörigen [3]) des Schuldners noch den Schuldner [4]) des Schuld-

1) Bei den Römern waren die servi nur einer obl. natural. fähig, welche erst nach erlangter Freiheit wirksam wurde. l. 14. l. 43. D. de O. et A. (44. 7.) l. 1. 2. 4. C. an servus pro suo facto (4. 14.)

2) l. 29. pr. D. com. div. (10. 3.) l. 46. D. de O. et A. (44. 7.)

3) tit. C. ne uxor pro marito (4. 12.) tit. C. ne filius pro patre (4. 13.)

4) tit. C. quando fisc. v. priv. deb. sui debitores (4. 15.). Nov. 4. c. 2. Cujacii observ. lib. 8. c. 19.

ners statt des Letztern in Anspruch nehmen. Aber vererbbar ist jedes obligatorische Verhältniß, und geht daher von selbst nach dem Tode des Gläubigers oder des Schuldners auf jenes oder dieses Erben über, sogar die Verbindlichkeit etwas zu thun und das Recht gewisse Handlungen zu fordern (obligatio faciendi) [1]).

Es können auch vom Anfang an, außer dem einen nothwendigen Gläubiger und dem einen nothwendigen Schuldner, bei einer Obligation mehrere Personen interessirt seyn, theils so daß jede für sich eine Partei bildet, theils so daß mehrere Personen zusammen eine Partei ausmachen. Im letztern Falle, wo Mehrere zu einer Partei, als Gläubiger oder als Schuldner, gehören, kann die Obligation als eine untheilbare angesehen werden [2]) (obligatio in solidum, so daß jeder darin stehende Gläubiger das Ganze fordern könne und jeder darin stehende Schuldner das Ganze leisten müsse) oder als eine in der Vorstellung getheilte [3]) (obligatio pro rata). Die getheilte Obligation ist dann die Regel, die solidarische aber muß man als eine Ausnahme betrachten.

II. Obligatio in solidum.

A. Wegen Beschaffenheit des Gegenstandes.

§. 373.

Schon durch den Gegenstand selbst, d. i. ohne testamentarische, vertragsmäßige oder gesetzliche Bestimmung, wird oft ein solidarisches Obligationsverhältniß hervorge=

1) l. 37. D. de acq. her. (29. 2.) l. 13. C. de contr. stip. (8. 38.)

2) Hugo, civ. Magaz. Bd. 4. Nr. 11.

3) l. 11. §. 1. 2. D. de duobus reis (45. 2.).

bracht; theils auf Seiten der Gläubiger, theils auf Seiten der Schuldner, theils für beide Parteien.

Haben mehrere Gläubiger zusammen Anspruch an eine bestimmte Species: so kann einer von ihnen das Ganze fordern, falls er dem Schuldner (der es nur einmal zu leisten braucht!) vor den Ansprüchen der übrigen Gläubiger [1]) sicher stellt.

Solidarisches Haften mehrerer Schuldner kommt wegen Beschaffenheit der Schuld in folgenden vier Fällen vor: 1) Wenn einer von mehreren Schuldnern einer Schuld etwas von den Gegenständen der Obligation in den Händen hat, das heißt, von denjenigen individuellen Gegenständen, durch deren Ablieferung die Verpflichtung erfüllt werden muß: so muß er es herausgeben, wenn es auch über [2]) seinen Antheil hinausgehet; ja hat er allein diese individuellen Gegenstände in den Händen, so muß er sie ohne Abzug oder Eintheilung herausgeben und haftet also wirklich aufs Ganze. 2) Wenn mehreren Schuldnern eine bestimmte Sache unter der Verpflichtung zur Zurückgabe überlassen ist: so haftet der von ihnen [3]), welchen der Gläubiger zuerst angreift. — 3) Sind mehrere Schuldner zu einer Thathandlung verpflichtet: so muß das ganze Factum von demjenigen Verpflichteten, welcher zuerst belangt wird, geleistet werden, und nur falls es zwischen den Gläubigern und dem Schuldner, oder unter den Schuldnern selbst, zu einer Preisschätzung des Factums kommt und diese also an des Letztern Stelle tritt, ist die Obligation wieder pro rata [4]) zu berechnen.— 4) Mehrere

1) l. 1. §. 36. l. 14. pr. D. depos. (16. 3.)

2) l. 3. §. 3. D. commod. (13. 6.)

3) l. 5. §. 15. D. eod. l. 1. §. 43. D. depos (16. 3.)

4) l. 2. §. 1. 2. l. 72. pr. l. 85. §. 2. D. de verb. obl.

zur Fleißanwendung Verpflichtete müssen diesen Fleiß, jeder ganz, leisten, und wenn eine Unterlassung eingetreten, jeder den durch diese Unterlassung entstandenen Schaden ganz ersetzen [1]).

Wahrscheinlich hatten die Röm. Juristen [2]) nur diese Verhältnisse im Sinne, wenn sie in einigen Stellen [3]) behaupten, bei allen Verträgen trete für mehrere Gläubiger und für mehrere Schuldner obligatio in solidum ein. Doch muß man als allgemeine Regel gelten lassen, daß, wenn ein [4]) untheilbarer Gegenstand von Seiten mehrerer Berechtigter gefordert werden kann oder von Seiten mehrerer Verpflichteter geleistet werden muß, Befugniß oder Verbindlichkeit jedes Einzelnen auf das Ganze eintritt.

B. Wegen besondrer Anordnung.

§. 374.

Abgesehen von der Natur des Gegenstandes, welcher eine Berechtigung oder Verpflichtung in solidum hervorbringt, wird solidarisches Verhältniß auch durch Vertrag, Testament und Gesetz festgesetzt. Dieß bleibt immer eine Ausnahme von der getheilten Berechnung einer Verbindlichkeit. Deßwegen wird sie nicht vermuthet, sondern bedarf einer deutlichen Erklärung, und zwar nach dem neuesten Röm. Rechte [5]) selbst bei der Stipulation. Man

(45. 1.) l. 11. §. 23. 24. de legat. III. Donell. comm. Lib. 15. c. 6.

1) l. 9. pr. §. 1. D. de duob. reis (45. 2.) l. 5. §. 15. D. commod. (13. 6.) l. 60. §. 2. D. mand. (17. 1.)

2) l. 21. §. 1. D. commod. (13. 6.)

3) l. 9. pr. §. 1. D. de duob. reis (45. 2.)

4) l. 17. D. de servitut. (8. 1.) l. 23. §. 3. D. de serv. pr. rust. (8. 3.) l. 28. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 31. §. 8. D. de aedil. edict. (21. 1.) l. 192. pr. de R. J. (50. 17.)

5) Nov. 99. c. 1. pr. Cu-

pflegt sich im Deutschen der Formel: „Alle für Einen und Einer für Alle" zur Bezeichnung des Solidarverhältnisses zu bedienen. — Nicht bei der obligatio in solidum wegen des Gegenstandes [1]), sondern eigentlich nur bei der wegen besondrer Anordnung, ist der Ausdruck Correalobligation gebräuchlich, und zwar active, wenn es die Berechtigung, das Ganze zu fordern, und passive, wenn es die Verpflichtung, das Ganze zu leisten, bedeutet. Die Betheiligten heißen duo rei, correi; und zwar correi stipulandi (credendi) [2]) die Gläubiger, und promittendi (debendi) die Schuldner.

Die Gesammtgläubigerschaft oder active Correalität hat einige Grundsätze, welche aus der Natur des Verhältnisses billig von selbst hervorgehen: 1) die Gläubiger können den Gegenstand der Schuld nur ein Mal fordern und der Schuldner wird [3]), wenn er einem der Gläubiger die Schuld im Ganzen entrichtet oder von einem derselben aus irgend einem Grunde liberirt wird, überhaupt regelmäßig frei. Acceptilation, Novation, aberkennendes Urtheil (sofern es die Ungültigkeit der ganzen Schuld überhaupt ausspricht), Eid (sofern er denselben Inhalt hat), wirken also wie Zahlung. Geschehene Compensation gegen den klagenden Correalgläubiger befreiet ebenfalls; aber der einfache Erlaß von Seiten eines Mitgläubigers nimmt bloß diesem sein Klagrecht, schmälert jedoch [4]) das der andern corr. stipulandi gar nicht. 2) Der Schuldner kann zah-

jacii parat. ad C. lib. 8. tit. 39. et Exp. nov. 99.

1) Cujac. obs. lib. 26. c. 26.

2) Brissonius de V. S. v. reus 1 — 5.

3) §. 1. I. de duob. reis stip. (3. 17.) l. 28. pr. D. de jurejurand. (12. 2.) l. 31. §. 1. D. de novation. (46. 2.) l. 13. §. 12. D. de acceptilatione (46. 4.)

4) l. 27. pr. D. de pact. (2. 14.) l. 34. D. pr. de recept. (4. 8.) Cujacius ad l. 27. pr. D. de pactis.

len, welchem der Gläubiger er will, bis er, verklagt, sich gegen einen bestimmten Gläubiger eingelassen hat; denn alsdann [1]) ist er an den Kläger gebunden. Geht der Schuldner mit einem der Gläubiger ein constitutum ein, so ist er an diesen von da an [2]) ebenfalls gebunden. 3) Der befriedigte correus stipulandi braucht mit seinen Mitgläubigern nicht zu theilen, wenn nicht für diese ein besonderer Theilungsgrund eintritt. Dieser wird gesetzlich [3]) bei einer Societät der Correalgläubiger stets angenommen.

Dagegen ist für die Gesammtschuldnerschaft, passive Correalität Regel: 1) Der Gläubiger darf auch hierbei (von mehreren Solidarschuldnern) die Schuld, da Leistung die Gesammtschuldner frei macht, nur ein Mal fordern [4]), aber von dem einen Schuldner Alles, was die andern zugleich schuldeten. — 2) Der Gläubiger kann, wenn keiner der Schuldner in Güte zahlt, einen ihm beliebigen aus ihrer Zahl verklagen [5]) und (so lange die Erfüllung der Forderung nicht eingetreten ist), selbst nach dessen Einlassung, sich aus ihnen immer wieder einen andern Beklagten [6]) wählen; ja der Gläubiger darf auch, wenn er will, jeden pro rata belangen und dann dennoch selbst

1) l. 9. D. de verb. obligat. (45. 1.) l. 16. D. de duob. reis (45. 2.) l. 57. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

2) l. 8. 9. 10. D. de constit. pecun. (13. 5.)

3) l. 62. pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

4) §. 1. I. de duob. reis stip. (3. 17.) l. 3. §. 1. D. de duob. reis (45. 2.) l. 28. §. 3. D. de jurejur. (12. 2.) l. 16. pr. D. de acceptil. (46. 4.) — Bezieht sich eine Schuldaufhebung bloß auf einen der Mitschuldner persönlich, so werden die andern dadurch nicht frei. l. 19. D. de duob. reis (45. 2.)

5) l. 47. D. loc. cond. (19. 2.) l. 2. C. de duobus reis stipul. (8. 40.) l. 16. de fidejuss. et mand. (8. 41.) und zwar ohne daß der Gewählte die Vorausklagung irgend eines andern Mitschuldners vorher verlangen könne. l. 4. C. de duob. reis (8. 40.)

6) l. 3. 4. D. de his qui effud. v. dej. (9. 3.) l. 1. §. 43. D. depositi (16. 3.) l. 28. C. de fidejuss. et mand. (8. 41.)

nach der Einlassung wieder zu seinem Solidarrechte zurückkehren [1]). — 3) Die Säumniß (mora), welche etwa einer der corr. promittendi sich zu Schulden kommen läßt [2]), schadet nur ihm allein, nicht den Uebrigen. — 4) Der zahlende correus erhält von den andern Schuldnern keinen Ersatz [3]) für ihre rata, falls nicht ein besonderer (außer der anscheinenden natürlichen Billigkeit dieser Wirkung selbst vorhandener) nöthigender Theilungsgrund bei der Verpflichtung Statt findet [4]). Aber schon nach älterem Rechte hatte der verklagte correus promittendi, wenn er bezahlen wollte, das Recht, zu verlangen, der Gläubiger solle ihm dagegen die Klage wider die andern Correalschuldner abtreten, mit welcher der Zahlende dann [5]) seinen Regreß gegen seine Mitschuldner nehmen konnte. Dieß (beneficium cedendarum actionum) besteht nicht nur noch jetzt, sondern es ist damit für den Correalschuldner auch noch ein beneficium divisionis, der richtigern Meinung nach, nur in bestimmten Fällen verknüpft.

Die Rechtswohlthat der Theilung besteht darin, daß ein Correalschuldner verlangen darf, der Gläubiger solle zu Anfang erst die rata der Schuld verlangen, und also jeden Einzelnen ausklagen, auf das Ganze gegen einen der Schuldner aber nur dann Anspruch machen, wenn die Bemühung, von den Einzelnen die getheilte

1) Nov. 99. c. 1. pr. vergl. mit l. 16. C. de fidejuss. (8. 41.) l. 3. §. 1. l. 11. pr. D. de duob. reis. (45. 2.) Asverus ad nov. cit. Jenae 1823.

2) l. 32. §. 4. D. de usuris (22. 1.) Die l. 18. D. de duob. reis (45. 2.) widerspricht nicht, denn sie ist von positiven Thatsachen zu verstehen, aus denen die Verhinderung der Leistung folgt, nicht bloß von der (negativen) Versäumniß.

3) l. 39. D. de fidejuss. et mand. (46. 1.) l. 11. C. eod. tit. (8. 41.)

4) Welches bei der Societät unter den Mitschuldnern immer eintritt. l. 62. pr. D. ad l. Falc. (35. 2.)

5) l. 47. D. loc. cond. (19. 2.)

Forderung zu erhalten, vergebens gewesen sey [1]). Können die Uebrigen zahlen, so wird die ganze Schuld liberirt; wenn nicht, so muß derjenige, welcher sich der Rechtswohlthat der Theilung bediente, dann doch das Ganze, oder das von den Uebrigen noch nicht Bezahlte, entrichten [2]). — Nicht alle Correaldebitoren haben diese Wohlthat zu genießen, sondern nur Bürgen, Vormünder und (durch Justinian's Verordnung) [3]) die, welche sich durch einen eigenen Vertrag zu Correaldebitoren gemacht haben. Eine weitere Ausdehnung des Benefizes ist ohne Grund. — Sollten jedoch die übrigen Correalschuldner sich zahlungsfähig befinden, so braucht sich der Gläubiger in deren Concurs nicht einzulassen, sondern kann sogleich die zahlungsfähigen belangen, wie ausdrücklich die Gesetze bestimmen [4]). — Befinden sich die übrigen correi promittendi abwesend, d. i. können sie nicht an demjenigen Orte, wo der eine das beneficium vorgeschützt hat, verklagt werden: so braucht der Gläubiger dieß nicht mehr zu respectiren [5]); und eben so wenig, wenn ein Correaldebitor anfangs die ganze Verbindlichkeit böslich geleugnet hätte [6]).

Uebrigens ist sehr gewöhnlich, daß Correalschuldner dem Benefiz der Theilung meistens schon bei Eingehung des Geschäftes entsagen; wodurch sie dasselbe alsdann verlieren.

1) §. 4. I. de fidejuss. (3. 21.)
2) Nov. 99. c. 1. pr.
3) Nov. 99. l. c. Cujac. exp. Nov. cit. Pufendorf 2. obs. 77.
4) l. 47. fin. D. locati cond. (19. 2.) l. 46. D. de fidejuss. (46. 1.)
5) Nov. 99. l. c.
6) l. 10. §. 1. D. de fidejuss. (46. 1.)

Zweiter Abschnitt.

Vom Gegenstande der Obligation.

§. 375.

Der unmittelbare Gegenstand dieser Pflicht und Befugniß ist eine Leistung, die Handlung des Schuldners. Soll er eine Sache liefern, so ist diese nur der mittelbare Gegenstand der Obligation. Uebrigens kann die schuldige Handlung positiv oder negativ seyn (Thun oder Unterlassen); und die positive wird in dare, facere, und praestare von unsern Quellen [1]) eingetheilt. Unter dare verstehen sie das Geben einer Sache zum wirklichen Eigenthume oder dinglichen Rechte des Empfängers [2]). Unter facere zeigen sie jede andre Art von Handlung an, die nicht dare ist (so daß tradere eine Unterart von facere ist und z. B. der Kaufcontract eine obligatio in faciendo begründet) [3]). Facere wird noch vorzüglich von Diensten, entweder Uebung einer Wissenschaft (operae liberales), oder Handarbeiten (operae illiberales) verstanden. Als ergänzender Ausdruck wird praestare, ungefähr unser „Leisten," für ein fortwährendes Handeln oder Haften, dann für Leisten des Interesse (damnum praestare) und endlich für Gestatten eines Gebrauchs angewandt.

Die Leistung von Sachen ist nach der Sachenverschiedenheit verschieden (§. 89.). Man hat zu leisten ent-

1) l. 3. pr. D. de O. et A. (44. 7.) l. 19. D. de servit. P. R. (8. 3.)

2) l. 14. I. de actionibus. (4. 6.) l. 1. 2. 5. 11. D. de pign. et hyp. (20. 1.) l. 75. §. 10. D. de V. Obl. (45. 1.) l. 11. §. 2. D. de act. E. V. (19. 1.) l. 167. pr. D. de R. J. (50. 17.) Tradere ist etwas anderes und bedeutet bloß „hingeben" l. 28. D. de V. Obl. (45. 1.)

3) l. 72. pr. l. 75. §. 7. D. de Verb. Obl. (45. 1.)

weder ein bestimmtes Einzelding (Individuum, corpus, species)[1]), oder ein unbestimmtes Einzelding aus einer Gattung (genus), oder auch eine Zählmenge (an Stücken, Maß oder Gewicht, quantitas)[2]). Manchmal begreift die Obligation nur eine von mehreren schuldigen res oder operae (obl. alternativa), und zwar diejenige welche der Gläubiger wählt; ein anderes Verhältniß ist, wenn durch Leistung einer Sache oder eines Dienstes von mehreren schuldigen Sachen oder Diensten der Schuldner sich frei machen kann, wobei also dieser die Wahl hat (facultas alternativa)[3]). Hindernisse der Ausübung dieser freien Wahl des Schuldners treffen den Verpflichteten, und namentlich braucht der Gläubiger nicht bis zur Beseitigung der Hindernisse, also bis zum Eintritt der Möglichkeit jener freien Wahl seines Schuldners, seine Befriedigung aufzuschieben.

Wo der Schuldner nur zur Leistung eines von mehreren Gegenständen verbunden ist und die freie Wahl hat (§. 379.), kann er über die verschiedenen Sachen, aus denen er eine dem Gläubiger leisten muß, so lange[4]) ungebunden verfügen, als noch ein Stück übrig bleibt. — Eine schon eigenthümliche Sache des Gläubigers kann mittelst einer Obligation diesem nicht zum Eigenthume[5]) verschafft werden, mithin insofern nicht Gegenstand der Obligation seyn; wohl aber in andern Beziehungen.

Im ältern Röm. Rechte war von großer Wichtigkeit[6]),

1) l. 54. pr. D. de V. O. (45. 1.)

2) l. 34 §. 3 — 5. D. de legat. I. (30.)

3) l. 6. §. 1. D. de re jud. (42 1.)

4) l. 95. pr. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

5) §. 14. I. de action. (4. 6.)

6) Schweppe, Rechtsgeschichte §. 291.

ob sich die Obligation auf ein certum, d. i. auf eine Species oder genau bestimmte Zählmenge (nicht auf eine Quitung, unkörperliche Sache oder den bloßen Besitz) stricto jure bezog, oder auch auf etwas Anderes (ein incertum). Dieser Unterschied ist aber jetzt noch zum Verständniß der Rechtsquellen von praktischer Wichtigkeit.

Dritter Abschnitt.

Von der Erfüllung der Obligation.

§. 376.

Obligationen enthalten auf Seiten des Verpflichteten die Verbindlichkeit zur Erfüllung; durch Letztere wird der Verband zwischen Gläubiger und Schuldner aufgehoben oder aufgelöset, weßwegen die Römer für Erfüllung solutio von solvere [1]) sagten. Auf Schwierigkeiten [2]) der Erfüllung oder Unglücksfälle des Schuldners [3]) nehmen die Rechte keine Rücksicht. — Auch ohne eigentliche Zahlung oder Erfüllung wird der Gläubiger formell befriediget in folgenden drei Fällen: 1) wenn der Schuldner zu Erlangung derjenigen Vortheile, welche an die freiwillige Abtretung geknüpft sind, seinen Gläubigern sein ganzes Vermögen in Masse abtritt [4]) (bonis cedirt); 2) wenn der Schuldner wegen Nichteinlassens auf die Klage oder wegen Abwesenheit oder wegen Ungehorsams, oder weil er ohne Erben verstirbt, die schuldige Leistung nicht entrichtet, und dann in diesen Fällen dem Gläubiger richterlich eine missio in bona rei servandae causa gegeben wird (s. §.

1) l. 176. D. de V. S. (50. 16.)

2) l. 137. §. 4. D. de V. O. (45. 1.)

3) l. 11. C. si certum petatur (4. 2.)

4) tit. D. de cess. bonor. (42. 3.)

189.)[1]), — welche Art der Befriedigung jedoch wegen des jetzigen zweckmäßigern Ganges der Execution schwerlich in Deutschland noch irgendwo Anwendung findet; — 3) wenn der Schuldner insolvent ist, mithin auf Kosten der Gläubiger zehrt und deren Concurs nicht abhalten kann, dann aber im heutigen Sinne des Worts Concurs erkannt wird[2]). — Auch den Schuldner selbst können die Gläubiger zum Zweck ihrer Sicherheit der gefänglichen Haft unterwerfen[3]), an seine Person aber haben sie keine Ansprüche zur Veräußerung oder Anwendung derselben[4]).

I. Von den Erfordernissen der Erfüllung.

A. Von den Subjecten der Erfüllung.

§. 377.

Zuvörderst ist Regel, daß nur dem Gläubiger selbst gültig gezahlt werden könne, oder dessen[5]) Bevollmächtigten. Zahlt der Schuldner an den Bevollmächtigten nach Widerruf der Vollmacht[6]), ohne diesen Widerruf zu kennen, so wird er völlig liberirt. Ueberschreitet der Zahlende den Inhalt der Vollmacht, so wird er, soweit er überschreitet, nicht befreiet[7]).

Ist auf rechtsgültige Weise dem obligatorischen Verhältnisse eine dritte Person[8]) in der Absicht hinzugefügt,

1) tit. D. quib. ex caus. in poss. eat. (42. 4.) tit. D. de rebus auct. jud. poss. (42. 5.) Schweppe, Rechtsgeschichte §. 588.

2) Schweppe, Concurs §. 24 — 28.

3) l. 1. C. qui bonis ced. poss. (7. 71.)

4) l. 12. C. de O. et A. (4. 10.) c. 2. X. de pignor. (3. 21.)

5) Als Bevollmächtigter wird auch derjenige angesehen, dem die zu erfüllende Forderung verpfändet ist. l. 18. pr. D. de pign. act. (13. 7.) l. 4. C. quae res pignor. obligat. (8. 17.)

6) l. 12. §. 2. l. 38. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

7) l. 12. pr. l. 68. D. eod. l. 10. C. de procurat. (2. 13.)

8) l. 59. D. de solut. (46.

daß ihr solle die Erfüllung können geleistet werden: so ist die Zahlung an diesen adjectus entbindend; und, nahm er selbst an dem Vertrage Theil, auch selbst dann, wenn der Gläubiger nach jener Hinzufügung sollte [1]) verboten haben, an den Hinzugefügten zu zahlen. Doch steht dieser zum Gläubiger übrigens in dem Verhältnisse eines Bevollmächtigten und muß demselben also das Empfangene [2]) abliefern. Auch die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers befreiet den Schuldner des Letztern, insofern dieser Nutzen davon und die Zahlung nicht verboten [3]) hatte. Eine andere Art der Zahlung an einen Nichtgläubiger befreiet nicht, außer daß, nach der mehr auf Billigkeit als Recht gestützten Behauptung der Rechtslehrer, der Schuldner liberirt wird, wenn er von der Staatsgewalt oder den eingedrungenen Feinden zu einer solchen Zahlung in der That gezwungen (nicht bloß durch Drohungen veranlaßt!) worden ist [4]); und auch dann wird er nur so weit liberirt, als wirklich gezahlt worden ist. — Der erfüllende Schuldner darf immer nur an einen solchen Gläubiger entrichten, welcher über sein eigenes Vermögen frei schalten darf. Zahlt er an einen Dispositionsunfähigen und hat dieser hinterher das Bezahlte verloren oder verschwendet: so muß der Zahlende noch einmal zahlen, um liberirt [5]) zu werden. Einer Person, die unter Vormundschaft steht, kann nicht ohne Beitritt des Vormundes gültige Zahlung geleistet werden [6]); doch gilt eine Zahlung ohne

3.) Archiv f. civ. Praxis Bd. 4. H. 2. Nr. 19.

1) l. 71. pr. 106. D. eod.

2) §. 4. I. de inutil. stip. (3. 20.) l. 131. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

3) l. 6. D. de doli mali exc. (44. 4.) l. 11. §. 5 D. de pign. act. (13. 7.)

4) Pfeiffer, Recht der Kriegserob. §. 18 ff.

5) l. 15. 68. D. de solut. (46. 3.)

6) §. 2. I. quibus alienare licet (2. 8.) l. 15. D. de solutionibus et lib. (46. 3.)

dessen Beitritt soweit, als der Bevormundete sich bereichert findet. In Ansehung der Bereicherung ist dann auf den Zeitpunct zu sehen, wann auf die neue Zahlung geklagt wird. Findet sich alsdann der Klagende bereichert, so wird ihm mit Erfolg die Einrede des dolus [1]) entgegengesetzt. — Wenn, ohne daß Concurs des Gläubigers erkannt, oder ohne daß gerichtliches Verbot an den Schuldner erwirkt ist, dieser dem Gläubiger, trotz Widerspruchs der Gläubiger desselben, bezahlt: so bleibt dieß eine gültige und den Zahlenden befreiende Erfüllung [2]).

Bei der Person des Schuldners ist Folgendes zu bemerken: — Zahlt ein Dritter für den Schuldner, selbst ohne dessen Wissen oder Willen: so ist dieß eine vollkommen [3]) wirksame Zahlung. Der statt des eigentlichen Schuldners Zahlende tritt aber nur dann in die Rechte des Gläubigers ein, welchem er Zahlung geleistet hat, wenn er sich von diesem seine Rechte hatte cediren [4]) lassen. Sind aber die Verhältnisse des Mandats oder der freiwilligen Geschäftsführung zwischen dem Schuldner und dem Zahlenden vorhanden: so kann dieser selbstständig [5]) gegen jenen auf Wiedererstattung des Geleisteten klagen. — Auch bei dem Zahlenden ist das Verfügungsrecht über sein Vermögen zur Gültigkeit seiner Leistung erforderlich; widrigenfalls kann das Geleistete für ihn zurückgefordert werden [6]), wobei nur der einzige Fall ausgenommen ist, daß der Gläubiger [7]), welchem von dem Dispositionsunfähigen

1) l. 4. D. de except. praescript. (44. 1.) l. 47. pr. D. de solut. (46. 3.)

2) l. 11. §. 1. C. depos. (4. 34.) nov. 88. c. 1.

3) l. 53. D. de solut. (46. 3.)

4) l. 39. D. de fidej. (46. 1.) l. 3. l. 7. C. de priv. fisc. (7. 73.)

5) l. 43. D. de negot. gest. (3. 5.)

6) §. 2. I. quibus alien. lic. (2. 8.) l. 14. §. 8. D. de solut. (46. 3.)

7) l. 9. §. 2. D. de auct.

geleistet war, die Leistung übrigens auf eine völlig wirksame Weise und genau in derselben Beschaffenheit geschah, in der er sie zu fordern hatte, — das Geleistete nicht wieder herauszugeben braucht.

B. Vom Gegenstande der Erfüllung.

1. Im Allgemeinen.

§. 378.

Die Erfüllung muß genau geschehen. Dieser allgemeine Satz führt zu mehreren besondern. Nicht allein daß zur rechten Zeit und am rechten Orte [1]) erfüllt werden muß; es darf auch nur das eigentliche Object, nicht ein anderes statt desselben, gegeben werden [2]), falls darein der Gläubiger nicht einwilliget [3]). Hieraus folgt ferner, daß auch die gehörige Quantität bei einer Mengesache geleistet werden müsse [4]). Ist die Quantität zweifelhaft, so muß man zuerst in der Ortsgewohnheit die Bestimmung suchen und bei einem dann noch bleibenden Zweifel das Wenigste annehmen [5]). Bleibt die ganze Quantität völlig unbestimmt, so ist die Obligation nichtig [6]). — Aus der Nothwendigkeit genauer Erfüllung folgt auch von selbst das

tut. (26. 8.) l. 14. §. 8. D. de solut. (46. 3.) Weber, natürl. Verbindl. §. 1. 28. Nr. 1.

1) l. 9. D. de eo quod certo loc. (13. 4.) l. 85. D. de solut. et liberat. (46. 3.)

2) l. 2. §. 1. D. de rebus cred. (12. 1.) l. 16. C. de solution. et lib. (8. 43.)

3) l. 17. C. eodem. pr. I. quib. mod. toll. obl. (3. 30.) l. 50. D. de solutionib. (46. 3.)

4) Dahin gehört auch, daß nicht stückweise erfüllt werden darf, sondern auf ein Mal erfüllt werden muß. Ist aber ein Theil der Schuld liquid, ein anderer illiquid, so muß jener, wie ein besonderer Schuldposten, auch allein angenommen werden. l. 13. §. 8. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 41. §. 1. D. de usuris (22. 1.) l. 21. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 78. pr. D. de legat. II. (31.)

5) l. 34. D. de R. J. (50. 17.)

6) l. 94. 115. pr. D. de V. oblig. (45. 1.)

Erforderniß der gehörigen Qualität der zu leistenden Sachen. Ist sie bei Fungibelem nicht genau bestimmt, so kann der Schuldner selbst die schlechteste Art geben [1]); aber bei einem genus kann er dieß nicht, sondern [2]) muß mindestens eine Mittelsorte leisten. — Obligationen, welche auf ein Thun gerichtet sind, können, sofern das fragliche Geschäft durch einen Andern eben so gut verrichtet werden kann, durch diesen für den Schuldner erfüllt werden; gehört zu dem schuldigen Factum aber besondre Geschicklichkeit und Kenntniß, so muß [3].) der Absicht der Parteien gemäß der eigentliche Schuldner das Geschäft verrichten. Im Allgemeinen kann aber jeder Schuldner seine Verbindlichkeit durch Andere erfüllen lassen.

In einem einzigen besondern Fall soll der Schuldner, welcher Geld schuldig ist, statt dessen mit Grundstücken abfinden dürfen (datio in solutum); nämlich falls sonst der Schuldner Concurs machen müßte [4]). Die Gesetze betrachten diese Hingabe an Zahlungsstatt [5]) als Verkauf.

Selbst die Leistung der Aestimation und des Interesse (s. §. 200. 201.) kann der Schuldner dem Gläubiger [6]) nicht aufnöthigen; auch nicht bei der [7]) obligatio in faciendo, wenn gleich der Gläubiger berechtigt ist, das unerfüllte Factum fahren zu lassen und auf das Interesse zu klagen, ferner beim wirklichen Vorkommen des Falles der

1) l. 52. D. mandati (17. 1.) l. 4. D. de tritico, vino (33. 6.)

2) l. 37. pr. l. 110. D. de legatis I. (30.)

3) l. 31. D. de solutionibus (46. 3.)

4) Nov. 4. c. 3. Nov. 120. c. 6. Jüng. R. Absch. §. 172.

5) l. 4. C. de evict. (8. 45.)

6) l. 1. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 71. §. 3. 4. D. de leg. I. (30.)

7) l. 11. §. 25. D. de legat. III. (32.) §. 2. J. de donationibus (2. 7.) l. 6. §. 1. 2. l. 11. §. 2. l. 46. Dig. de A. E. V. (19. 1.) l. 35. §. 3. D. de procurat. (3. 3.)

Gläubiger meistens das Interesse der erzwungenen Leistung der Handlung vorziehen wird.

Im Römischen Processe [1]) hatte man bei fortgesetztem Ungehorsam des Schuldners kein Mittel dem Gläubiger Befriedigung zu verschaffen, als dadurch, daß man den Schuldner zu Zahlung des Interesse nach vorhergehendem jusjurandum in litem des Klägers verurtheilte; im heutigen [2]) Processe sucht man durch Geld- und Gefängnißstrafen vom Schuldner die eigentliche Leistung zu erzwingen. Leistet der Schuldner seine Verbindlichkeit dennoch nicht, sey es [3]), daß er die Erfüllung unmöglich macht, oder verweigert, oder verzögert: so hat der Gläubiger das Recht, auf Schätzungswerth und Entschädigung (Aestimation und Interesse) zu bestehen. Ehe diese Klage auf Aestimation und Interesse angestellt wird, kann der Schuldner durch Leistung des eigentlichen Gegenstandes und des Ersatzes wegen Verspätung sich noch immer [4]) frei machen; nach diesem Zeitpuncte aber muß [5]) er Aestimation und Interesse prästiren. — Es ist übrigens consequent, dem Gläubiger die Klage auf Aestimation und Interesse nicht sogleich dann zuzugestehen, wann ihm gewiß wird, daß die Leistung nicht zur rechten Zeit erfolgen werde, sondern anzunehmen, daß zur Entstehung jener Klage erst der Verlauf dieses Zeitpunctes abgewartet wer-

1) Gajus 4, 48. — Schweppe Rechtsgeschichte §. 574.

2) Ueber die verschiedenen Meinungen s. Glossa ad l. 1. pr. D. de A. E. V. l. 13. §. 1. D. de re jud. (42. 1.) — Cujacius ad l. 72. pr. D. de V. O. Donellus Comm. 15, 3. Höpfner's Comm. über d. Institut. §. 743. Note 2.

3) l. 1. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 68. D. de Verb. Oblig. (45. 1.)

4) l. 137. §. 3. D. eodem.

5) l. 84. D. eodem. l. 17. D. de constit. pec. (13. 5.) l. 57. pr. D. de solut. (46. 3.) Cujacius ad l. 84. D. de V. O.

den müsse; wenn gleich [1]) die Römischen Juristen hierüber nicht einig gewesen zu seyn scheinen.

2. Von der alternativen und der auf ein *genus*.

§. 379.

Bei der alternativen Obligation, oder derjenigen, welche durch Leistung des einen oder des andern Gegenstandes (oder Factums) erfüllt werden kann, fragt sich, wonach die Auswahl sich bestimme, welche der Erfüllung vorangehen muß [2]). — In der Regel und in Ermangelung eines andern Bestimmungsgrundes hat der Schuldner (oder dessen Erben) einer alternativen Obligation [3]) die Wahl dessen, was er leisten will; und kann unter den mehreren, dieser Wahl unterworfenen Gegenständen selbst [4]) den schlechter gewordenen wählen, sofern die Verschlechterung nicht durch des Verpflichteten Schuld verursacht worden ist; auch darf er den Werth eines ohne seine Schuld untergegangenen [5]) Wahlstückes ersetzen und mittelst dieses Ersatzes seine Obligation erfüllen. Das im Allgemeinen gültige Wahlrecht des Schuldners einer alternativen Obligation gehet durch seine Zögerung oder Verweigerung für ihn verloren [6]) und fällt dem Gläubiger zu.

Steht die Wahl [7]) dem Gläubiger vom Anfange der

1) l. 14. l. 72. §. 2. l. 124. Dig. de Verb. Obl. (45. 1.)

2) Donell. comm. 15, 2.

3) l. 34. §. 6. D. de contr. emt. vend. (18. 1.) l. 138. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) Archiv f. civil. Praxis 1. Bd. 3. Hft. Nr. 23. Hat er zu viel gegeben, so hat er auch bei der Zurückforderung wieder die Wahl. l. 10. C. de cond. indeb. (4. 5.)

4) l. 10. §. 6. l. 11. D. de jure dot. (23. 3.)

5) l. 47. §. 3. D. de legat. I. (30.) l. 95. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

6) l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco (13. 4.) l. 57. pr. D. de solut. (46. 3.)

7) l. 10. §. 6. de jure dot. (23. 3.) l. 112. de V. O. (45. 1.) Wohin auch der Fall des Gläu=

Obligation zu oder ist sie auf ihn übergegangen: so wählt dieser oder sein Erbe oder sonstiger Obligationsnachfolger [1]) aus allen Wahlgegenständen [2]) denjenigen, welchen er will, selbst den Ersatz dessen, was durch Schuld des Verpflichteten [3]) umgekommen war. Wenn aber der Gläubiger den ihm vertragsmäßig bestimmten oder auf Anhalten des Schuldners vom Richter gesetzten Wahltermin versäumt, so verliert er seinen ganzen Anspruch, falls nicht der Schuldner noch alle in Wahl gekommenen Gegenstände [4]) unvermindert besitzen sollte.

Die Wahl kann auch auf die Bestimmung eines Dritten gestellt seyn; sollte dieser dann bis an seinen Tod gar nicht wählen [5]), so ist der Schuldner frei. — Ist Jemand bei einer alternativen Obligation gesetzlich zur Wahl berechtiget: so kann er die getroffene Wahl wieder ändern, bis zur Erfüllung; wem die Wahl aber vertragsmäßig oder sonst nach ausdrücklicher Bestimmung zustand, der [6]) muß bei der einmal getroffenen Wahl bleiben.

Aehnlichkeit mit der alternativen Obligation hat die auf ein genus, d. i. auf eine Sache aus einer Gattung von Dingen, mithin nicht auf ein Einzelding, eine spe-

bigers gehört, welchen zwei Correaldebitoren (also doppelt) befriedigt haben, und der nun eine dieser Leistungen zurückgeben soll. l. 21. D. de cond. indebiti (12. 6.)

1) l. 76. l. 141. pr. D. de V. O. (45. 1.) l. 75. §. 3. D. de legat. I. (30.) vergl. damit: Averanii int. lib. 2. c. 30. Nr. 32—35. Mühlenbruch, Cess. der Ford. §. 24. S. 242 ff.

2) l. 4. 5. D. de opt. leg. (33. 5.) bestimmt, daß der Gläubiger sich zum Zwecke der Auswahl deren sämmtliche Gegenstände vorzeigen lassen darf.

3) l. 95. pr. D. de solut. (46. 3.)

4) l. 6. 7. 8. pr. D. de opt. leg. (33. 5.)

5) l. 141. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) §. 1. I. de emt. (3. 24.)

6) l. 106. l. 112. pr. l. 138. §. 1. D. (45. 1.) l. 5. pr. l. 84. §. 9. D. de legat. I. (30.) Die genauere Unterscheidung zwischen dem illud aut illud, quod voluerit, und quod volet creditor in l. 112. pr. D. de V. O. beruhet bloß auf dem eigenthümlichen Sprachgebrauche der Römer.

cies. Das Wahlrecht tritt hier [1]) nach den Grundsätzen der alternativen Obligation ein. Der Schuldner muß dabei aber immer ein fehlerloses und von den Rechten Anderer freies Stück wählen, wenn er erfüllen will; denn er wird nicht eher liberirt, als ein solcher Mangel dem Empfänger zufällig oder durch Ersatz unschädlich [2]) geworden ist.

3. Bei Geldschulden.

§. 379. a.

Bei Bezahlung von Geldschulden kommt es auf die Geldsorte (s. §. 190. a.) wesentlich an. Entweder liegt dem Schuldner ob, zu erfüllen in der vertragsmäßig [3]) bestimmten Münzsorte; oder in derjenigen, in welcher man bei Eingehung der Verbindlichkeit das Capital empfing; oder endlich in der [4]) landesüblichen. Tritt wegen Mangel einer Verabredung der erste Fall nicht ein: so nimmt man die zweite Norm an; und entscheidet auch diese noch nicht: so gilt die landesübliche Münze bei der Zahlung. — Ist die Erfüllung in einer besondern Art von Geldstücken versprochen: so nimmt man an, daß der darin enthaltene Werth des edeln Metalles gemeint sey. Wenn folglich diese Art von Geldstücken zur Zeit der Zahlung sich abgenutzt oder beschnitten oder schlechter ausgeprägt findet: so muß der Schuldner das Mangelnde des edeln Metalles ersetzen; wird sie aber in diesem Zeitpuncte besser ausgeprägt: so hat er das Recht, den Mehrbetrag abzuziehen.

1) §. 33. I. de action. (4. 6.)

2) l. 17. l. 20. l. 38. §. 3. l. 60. l. 96. l. 98. pr. D. de solut. (46. 3.)

3) Wobei jedoch der bloße Name der Münzsorte diese nicht immer mit Gewißheit bestimmen kann (z. B. Thaler), da man oft bloß die Summe damit bezeichnen will.

4) l. 75. D. de legat. III. (32.) Im Zweifel ist aber die geringere Sorte anzunehmen; in dubio minimum debetur.

Hat man eine Verbindlichkeit eingegangen auf Geld, das nachmals vom Staate verrufen wird, so muß man es nach dem Werthe des darin befindlichen edeln Metalles auf eine andere gültige Sorte [1]) berechnen; welchen Ausweg man ebenfalls dann einzuschlagen hat, wenn die frühere Geldart nicht wohl mehr [2]) anzuschaffen ist. — Ueberhaupt nimmt man das verschiedentlich ausgemünzte Geld als gleichgültige Erscheinung eines bleibenden inneren Werthes an. Deßwegen kann der Schuldner in [3]) beliebiger Münzsorte, in Gold oder Silber, zahlen, sofern nicht das Gegentheil ausgemacht ist und der Gläubiger durch die von der Natur des Geldes an die Hand gegebenen Ausgleichungen keinen Schaden leidet. Zu diesem Schaden muß auch die Unbequemlichkeit gerechnet werden, welche zu viel [4]) kleines Geld (statt größerer Sorte) bei der Zahlung dem Gläubiger veranlaßt.

Geldpreis und Cours [5]) haben keinen Einfluß auf Bestimmung des Schuldquantums.

4. In Rücksicht der Früchte und Zinsen [6]).

§. 380.

Bei den Leistungen, welche in Folge obligatorischer Verhältnisse gefordert werden können, kommen sehr oft die natürlichen Früchte einer Sache und deren Analogon, Zinsen, in Betracht (vgl. §. 192—199. Thl. 1. S. 444—

1) l. 24. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.) l. 99. D. de solut. (46. 3.), wo aber debitorem statt creditorem zu lesen ist. Vgl. Averanii Int. 3, 10. pr. 7—27. Bynkershoek Obs. I. 9.

2) c. 26. X. de censib. (3. 39.)

3) l. 65. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

4) Niemand braucht über 25 Gulden in Zwei-Kreuzerstücken oder kleinerm Gelde zu nehmen. R.-A. v. 1576. §. 76.

5) s. oben Thl. 1. S. 440.

6) Faber, error. pragm. XI. 1.

461.). — Wer verpflichtet ist, eine Sache zurückzugeben, und den Fruchtgenuß dabei nicht in Anspruch nehmen kann, muß die von ihm gezogenen natürlichen und bürgerlichen Früchte herausgeben [1]). Ja selbst außer dem Falle des Zurückgebens muß der Schuldner einer fruchtgebenden Sache die Früchte [2]) mit der Sache entrichten, sofern nicht zu des Schuldners Vortheil eine Zögerung der Erfüllung [3]) bestimmt war. Aber bei einer durch die Form der Stipulation festgesetzten [4]) Verbindlichkeit, bei welcher der Zinsen nicht mittelst einer auf sie zugleich gerichteten Stipulation gedacht ist, können Zinsen nicht gefordert werden; auch nicht bei einer stipulirten Zurückgabe [5]). Ueberhaupt können [6]) Zinsen aus dem Verzuge als wahre Zinsen bei keiner actio stricti juris gefordert werden, ausgenommen nach dem [7]) judicium acceptum des Beklagten, und nach den Reichsgesetzen überhaupt beim mutuum [8]). Bei negotiis bonae fidei wird die Verbindlichkeit eines Schuldners, der sich im Verzuge befindet, jedesmal durch die Pflicht Früchte oder Zinsen zu entrichten, vergrößert [9]).

1) l. 38. §. 1 — 6. D. de usuris (22. 1.) l. 173. §. 1. D. de R. J. (50. 17.)

2) l. 38. §. 8. 9. D. de usuris (22. 1.) l. 3. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 43. §. 2. D. de legat. II. (31.) l. 1. 4. C. de usur. legat. (6. 47.)

3) l. 43. §. 2. D. cit.

4) l. 38. §. 7. D. de usuris (22. 1.) l. 3. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 78. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

5) l. 73. D. de V. S. (50. 16.) Jac. Gothofr. ad l. 173. §. 1. D. de R. J.

6) l. 29. §. 2. de aedilit. edicto (21. 1.) ist nicht entgegen; denn da werden bloß wegen erlittenen Schadens Zinsen als dessen Aequivalent zugestanden.

7) l. 2. 3. §. 1. l. 34. D. de usur. (22. 1.) (s. auch §. 405. a). Schweppe war a. M. s. §. 162. a. Thl. 1. S. 364.

8) Dep.-Absch. v. 1600. §. 139.

9) l. 32. §. 2. D. de usuris (22. 1.) l. 13. Cod. de usuris (4. 32.) l. 2. C. depositi (4. 34.)

C. Handlung der Erfüllung.

§. 381.

Die Erfüllung, wenn sie nicht auf eine Reihe successiver Leistungen gehet, muß als eine, ungetheilte [1]) Handlung beschafft werden (s. §. 378.); wobei natürlicher Weise verschiedene Schulden verschiedene [2]) Erfüllungen zulassen. Fordert der Gläubiger bloß den liquiden Theil einer Schuld: so kann der Schuldner [3]) wegen Illiquidität des Restes das Liquide nicht zurückhalten, sondern muß auch diesen Theil erfüllen; wogegen auch die Trennung des Liquiden vom Illiquiden durch den Richter [4]) den Gläubiger zur Annahme des liquiden Theils nöthigt.

Bedarf es bei der Erfüllung noch besonderer Ausführungsmittel, so muß der Verpflichtete für diese sorgen, so wie er deren [5]) Gefahr und Kosten trägt. Nur muß man von dieser Gefahr nebst Kosten, welche lediglich Folge der Erfüllungsverbindlichkeit und der Verwirklichung des Obligationszweckes sind, diejenigen trennen, welche von der Sache des Gläubigers veranlaßt werden und mithin von diesem, als Eigenthümer derselben, getragen werden müssen. — Der Ort und die Zeit der Erfüllung bedürfen noch einer nähern Betrachtung.

1. Vom Orte der Erfüllung.

a. Bestimmung des Orts [6]).

§. 382.

Bei der allgemeinen Regel, es müsse am rechten Orte

1) l. 9. C. de solut. (8. 43.)
2) l. 15. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6.)
3) l. 78. pr. D. de legat. II. (31.)
4) l. 21. D. de reb. credit. (12. 1.)
5) l. 60. §. 8. D. loc. cond. (19. 2.) l. 20. pr. D. de oper. libert. (38. 1.)
6) Vom Erfüllungsorte eines Vertrags s. §. 427 a. von dem eines Vermächtnisses §. 899.

erfüllt werden, bedarf es oft keiner genauern Bestimmung. Wo aber nicht die Natur der Sache (namentlich z. B. bei Immobilien) den Ort schon von selbst angiebt, oder besondere Verabredungen [1]) darüber nicht getroffen sind, würde man ohne gehörige Trennung der verschiedenen Fälle nicht zu einer richtigen Entscheidung gelangen. — Ist von Lieferung einer Sache die Rede, so ist die Frage, wo sich die Sache befinde. 1) Wenn die zu liefernde Sache sich an einem bestimmten Orte befindet, wie dieß bei einer einzelnen [2]) Species immer eintritt, bei einem Genus aber auch eintreten kann: so muß der Schuldner die Sache da liefern, wo sie ist, und die Weiterschaffung (z. B. bis zum Wohnorte oder Hause des Gläubigers) fällt dem Leistenden nicht zur Last; außer [3]) a) wenn der Schuldner die Sache widerrechtlich weggeschafft hätte, in welchem Fall er sie, auf Begehren des Gläubigers, an den Ort der Klage bringen muß; und b) wenn der Schuldner eine Sache, die er aus einem bloß zu seinem Vortheil abgeschlossenen Geschäfte erhielt, zurückgeben muß, wobei er sie, ganz der Natur des Geschäfts [4]) gemäß, an dem Orte zurückzugeben hat, an welchem sie ihm überliefert wurde. — 2) Befindet sich die Sache nicht an einem bestimmten Orte (z. B. gewöhnlich ein Genus, und beson-

1) Bei der Verabredung unter den Betheiligten sind zuweilen zwei Oerter verbunden genannt, dann wird an jedem pro rata gezahlt; sind sie alternativ genannt, so hat der Schuldner die Wahl. l. 2. §. 34. D. de eo quod certo loco (13. 4) v. Glück Pand. B. 13. §. 846. S. 309—316.

2) l. 10—12. D. de rei vind. (6. 1.) l. 47. pr. §. 1. D. de legat. I. (30.)

3) l. 38. D. de judiciis (5. 1.) l. 11. §. 1. D. ad exhibendum (10. 4.) l. 12. §. 1. D. depositi (16. 3.) l. 3. fin. D. de A. E. et V. (19. 1.) l. 47. pr. §. 1. D. de legat. I. (30.)

4) aber nicht aus l. 12. Dig. de Rei vind. (6. 1.) folgend.

ders Geld, das gezahlt werden soll): so ist sie da zu prästiren, wo geklagt wird [1]) oder geklagt werden kann. Nun finden sich bei Obligationsverhältnissen zwei Gerichtsstände, wo geklagt werden kann, der des Wohnorts und der des Contractes. Ist vom Gläubiger einer von diesen Orten gewählt, so muß der Schuldner an dem gewählten zahlen; sonst steht letzterm die Wahl zwischen beiden zu. Aber auch bei der Ablieferung einer nicht an einem bestimmten Orte befindlichen Sache, macht der Natur des Geschäfts wegen, ein obligatorisches Verhältniß, das bloß zum Vortheile des Schuldners eingegangen war, diesem zur Pflicht, die Kosten des Geschäfts allein zu tragen, und mithin die Ablieferung da zu beschaffen, wo er die Sache erhielt. — Muß wegen eines der zu liefernden Sache zu Gute gekommenen Aufwandes eine Wiedererstattung geleistet werden, so muß dieß da geschehen, wo dieser verwandt ward. — Wenn ein Factum geleistet werden soll, so wird der Ort der Leistung, wenn er nicht durch die Natur des Verhältnisses entschieden oder gleichgültig seyn sollte, derjenige seyn, welchen der Gläubiger zu Erfüllung der Verbindlichkeit [2]) bestimmt; wobei er jedoch die Unkosten, welche dadurch verursacht werden, tragen muß. — Sollte übrigens der ganze Werth des Factums von der Bestimmung des Ortes abhängig, und dieser dann doch zwischen den Parteien unbestimmt geblieben seyn [3]): so ist die ganze Obligation null und nichtig.

Wenn beide Theile sich an einem Orte befinden, so kann die Frage entstehen, ob der Gläubiger die zu empfan-

1) l. 38. D. de judiciis (5. 1.) l. 47. §. 1. D. de legat. (30.) l. 1. D. de annuis leg. (33. 1.)

2) l. 21. D. de operis libert. (38. 1.)

3) l. 2. §. 5. D. de eo quod certo loc. (13. 4.) l. 95. l. 115. pr. D. de V. O. (45. 1.)

gende Sache vom Schuldner abholen, oder dieser die abzuliefernde dem Gläubiger bringen müsse. Es ist dieß von der Vorfrage abhängig zu machen, ob eine Mahnung nöthig war, um den Schuldner in einen säumigen zu verwandeln (in moram zu versetzen). Ist keine Mahnung nöthig, so ist der Schuldner zu bringen verbunden; ist sie erforderlich, so muß der Gläubiger holen.

b. Veränderung des Ortes.

§. 383.

Der Schuldner kann den verabredeten oder sonst festgesetzten oder gesetzlich bestimmten Zahlungsort nicht verändern, d. i. dem Gläubiger an einem andern Orte Zahlung [1]) nicht aufnöthigen, sofern nicht gerechte [2]) Gründe für diese Veränderung eintreten. Dagegen kann der Gläubiger, sobald von ihm die Klage angestellt werden kann, den Schuldner in jedem Gerichtsstande desselben belangen und, von diesem Zeitpuncte an, fordern, daß die Erfüllung am Orte des Rechtsstreites [3]) geschehe; der Creditor muß aber dabei, falls die Sache an einem bestimmten Orte sich befindet (s. §. 382. Nr. 1.), die etwanige nöthige Mehrausgabe, welche der Schuldner alsdann auf den Transport verwendet, diesem vergüten [4]) (das Interesse loci). Nur dann fällt die Vergütung der erwähnten Mehrausgabe weg, wenn der Schuldner mit der Zahlung am eigentlichen Orte sich im Verzuge befand und dem Gläubiger dadurch

1) l. 9. D. de eo quod certo loc. (13. 4.)

2) l. 8. C. de solut (8. 43)

3) l. 19. §. 4. D. de judiciis (5. 1.) Donell. comm. lib. 17. c. 19. v. Glück Pand. Bd. 13. §. 846. S. 321 — 325. l. 1. D. de eo quod certo loc. (13. 4.)

4) §. 33. I. de action. (4. 6.) l. 2. pr. §. 8. D. de eo quod certo loc. (13. 4.)

einen Schaden zufügte, welchen [1]) derselbe als einen Nebenpunct des geklagten Gegenstandes in dem Rechtsstreite einfordert. — Aber auch im Falle der vom Gläubiger angestellten Klage kann der Schuldner, wenn ihm am eigentlichen Orte abzuliefern von Interesse ist, gegen Leistung einer Caution, daß er an diesem zahlen wolle, verlangen, daß ihn der Richter von Zahlung an dem Orte der Klage freispreche [2]).

2. Von der Zeit der Erfüllung.

§. 384.

Als besondre Bestimmungen über die Zeit der Obligationserfüllung müssen folgende betrachtet werden: a) Wenn die Zahlungszeit ganz der Willkür des Schuldners überlassen ist: so können erst seine [3]) Erben nach seinem Tode belangt werden. b) Wenn bei der Zeitbestimmung für die Erfüllung der Ausdruck gebraucht ist: „nach einigen Jahren," „Monaten," „Tagen:" so sollen darunter zwei verstanden werden [4]).

Im Uebrigen gelten zwei Hauptregeln: 1) Wenn ein bestimmter Zahlungstermin rechtsgültig feststehet, so braucht die Zahlung erst mit dem Ablaufe des [5]) letzten Tages der

1) l. 2. pr. §. 8. cit. l. 8. l. 10. D. eodem. v. Glück a. a. O. S. 333—337.

2) l. 4. §. 1. D. eodem. v. Glück a. a. O. §. 847. Not. 16.

3) l. 11. §. 6. l. 41. §. 13. D. de legat. III. (32.) l. 9. D. qui sine manumiss. (40. 8.) Bloß bei Stipulationen nahmen es die Römer ganz streng und ließen mit dem Tode die Verbindlichkeit erlöschen, (l. 46. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) Cujac. ad l. 17. de V. O.), welches wegen Aufhören der eigentlichen Stipulation jetzt nicht mehr praktisch ist.

4) l. 17. §. 3. D. de manuiss. testam. (40. 4.) l. 217. §. 1. D. de V. S. (50. 16.) Hat man einen Tag gewählt, der öfters wiederkehrt, so versteht man den nächstkommenden. l. 41. pr. D. de V. Obl. (45. 1.)

5) §. 2. I. de verbor. obligat. (3. 16.) §. 26. I. de inuti-

Zwischenzeit zu geschehen. Dabei steht es jedoch in der Macht des Schuldners früher zu zahlen, denn er braucht von der zu seinen [1]) Gunsten vorhandenen längern Frist keinen Gebrauch zu machen. Sollte freilich ausnahmsweise zu Gunsten des Gläubigers [2]) die Frist der Zahlung hinausgesetzt seyn: so kann der Schuldner nicht früher zahlen. 2) Wenn aber kein Termin der Erfüllung festgesetzt ist, so gilt die Regel, daß die Verbindlichkeit sogleich [3]) erledigt werden müsse. Indessen muß einestheils dem Schuldner eine aus der Natur des Verhältnisses und nach gewöhnlichem Fleiße zu beurtheilende [4]) schickliche Zeit gelassen werden; anderntheils die an einem andern Orte zu beschaffende Leistung, sofern sie Anstalten und Vorbereitungen bedarf, bis dahin befristet werden, daß diese thunlich [5]) sind.

Ist bis zu einem Zeitpuncte von Seiten des Gläubigers Zinse angenommen: so ist damit stillschweigend die Erfüllung der wenn auch schon längst fälligen Zahlung der

lib. stipul. (3. 20.) l. 42. D. de V. O. (45. 1.) (Die Bestimmung des Röm. R., daß ante calendas so viel sey, als calendis, ist aus dem Sprachgebrauch mit ante zu erklären. l. 13. l. 56. §. 2. Dig. de V. Obl. (45. 1.) vgl. Cujac. ad l. 13. D. eodem. Donell. comm. 15, 10.)

1) l. 38. §. 16. l. 41. §. 1. l. 137. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) l. 70. l. 98. §. 4. fin. D. de solut. (46. 3.) l. 17. D. de R. J. (50. 17.)

2) l. 15. D. de annuis leg. (33. 1.)

3) §. 2. J. de verbor. oblig. (3. 16.) l. 41. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) l. 115. §. 2. eodem. l. 14. D. de R. J. (50. 17.)

4) Mindestens einige Tage. — l. 12. §. 2. D. ratam rem hab. (46. 8.) l. 21. §. 2. D. de receptis (4. 8.) l. 27. I. de inutil. stipulation. (3. 20.) l. 105. D. de solut. (46. 3.) l. 21. §. 1. D. de constitut. pec. (13. 5.) l. 21. D. de judiciis (5. 1.) Besonders auch bei Leistung eines Factums. l. 14. l. 98. §. 1. l. 137. §. 2. 3. D. de V. O. (45. 1.) Donell. comm. 15, 9. v. Glück Pand. Bd. 13. §. 846. S. 326 ff.

5) l. 2. §. 6. D. de eo quod certo loc. (13. 4.) l. 60. l. 73. pr. l. 137. §. 3. de V. O. (45. 1.)

Hauptschuld befristet [1]). Die Zahlung vor der Zeit nennt man repraesentatio pecuniae; sie steht dem Schuldner [2]) immer frei; aber er kann sich noch nicht deßhalb ein Interusurium abrechnen (vgl. Thl. 1. §. 199.).

II. Von den Wirkungen der Erfüllung.

§. 385.

Richtige Erfüllung vernichtet den Obligationsverband von selbst und befreiet den Schuldner [3]), so wie sämmtliche der erfüllten Leistung wegen nebenher Verpflichtete (Bürgen und Pfänder); eine theilweise [4]) Erfüllung gilt aber für gar keine.

Hat der Schuldner gegen den Gläubiger mehrere Schulden zu bezahlen und zahlt dann nicht so viel, als ihr Gesammtbelauf ausmacht: so wird die Frage entstehen, auf welche Obligation die Erfüllung zu beziehen sey. Das Römische Recht [5]) hat hierüber bestimmte Vorschriften. Nämlich: 1) Macht sich der Gläubiger ohne Mitwirkung des Schuldners, z. B. durch Verkauf der von diesem verpfändeten Sache, bezahlt: so bestimmt der Erstere, auf welche Forderung [6]) die Zahlung gerechnet werden solle. 2) Leistet aber der Schuldner entweder in eigener Person oder durch Vertretende (also auch der Güterpfleger des Cridars oder das Concursgericht statt desselben) freiwillig Zahlung: so kommt es auf die Erklärung der beiden Theile

1) l. 57. pr. D. de pactis (2. 14.) l. 2. §. 6. D. de dol. mal. except. (44. 4.)

2) l. 17. D. de R. J. (50. 17.) l. 70. D. de solut. (46. 3.)

3) pr. I. quibus mod. toll. obl. (3. 30.) l. 43. D. de solution. (46. 3.)

4) l. 27. D. de solut. (46. 3.) l. 122. pr. D. de V. O. (45. 1.)

5) Donell. comm. lib. 16. c. 12.

6) l. 101. §. 1. D. de solut. (46. 3.) l. 35. pr. D. de pign. action. (13. 7.)

an und zwar hat dann zuerst der Schuldner das Recht der Bestimmung [1]), auf welchen Posten er gezahlt haben wolle. Diese Bestimmung muß der Schuldner aber bei der Zahlung unmittelbar und [2]) sofort bemerklich machen, damit der Gläubiger, wenn er dabei sich nicht beruhigen will, die Annahme verweigern könne. Erklärt sich der Schuldner nicht, so steht dem Gläubiger das Recht der Wahl zu, auf welche von mehreren Forderungen er die Zahlung annehmen wolle, welches ebenfalls, damit der Schuldner deßhalb seine Rechte wahren könne, gleich bei der Annahme erklärt werden muß, und dem Interesse des Schuldners [3]) nicht widersprechen darf. — Hat sich keiner von beiden Betheiligten erklärt, so tilgt das Gesetz [4]), ohne dabei auf das Zutreffen der Summe zu sehen, die Schulden in folgender Ordnung: a) die lästigere eigene Schuld; b) scheint keine lästiger als die andere, dann die ältere eigene; c) ist weder eine lästigere noch ältere Schuld unter ihnen vorhanden: so wird die Zahlung auf alle einzelne eigenen Schuldposten des Zahlenden pro rata [5]) abgesetzt; d) sollten sämmtliche eigene Schulden des Zahlenden durch die Leistung getilgt seyn: so kommt die Reihe an dasjenige, was der Zahlende als Bürge [6]) dem Empfänger schuldet; e) ist auch dieses berichtiget, so kommt erst die noch nicht fällige [7]) Schuld zur Abrechnung, sollte sie auch noch so lästig zu werden drohen; f) schließlich darf der Empfänger auf die noch streitige Schuld abrechnen. Hat man bei des Schuldners Schweigen darüber, worauf gezahlt oder angenommen werden solle, zu entscheiden, ob

1) l. 1. D. de solut. (46. 3.)
2) l. 1. C. eod. (8. 43.)
3) l. 1. l. 3. pr. l. 89. D. eod. (46. 3.)
4) l. 97. D. eod.
5) l. 8. D. eod.
6) l. 4. D. eod.
7) l. 5 pr. D. eod.

eine Zahlung auf das Capital oder dessen Zinsen abzusetzen sey: so wird zuerst [1]) auf die letztern abgerechnet.

III. Von dem Verzuge bei der Erfüllung.

§. 386.

Bei der Erfüllung der Obligationen, besonders bei denen auf Leistung einer [2]) Sache, ist der [3]) culpose Verzug, die verschuldete Versäumniß der schuldigen Handlung von der einen oder der andern Seite, mora, von Einfluß; also theils *mora solvendi*, d. i. die des Schuldners, welcher nicht leistet; theils *mora accipiendi*, d. i. die des Gläubigers, welcher nicht annehmen will. Thun beide Theile gleichzeitig dasjenige nicht, wodurch die Erfüllung der Obligation eintreten würde: so kann man noch gar keine wirksame mora annehmen [4]), sofern die Lage des obligatorischen Verhältnisses völlig unverändert bleibt.

A. Von der Mora solvendi.

1. Entstehung [5]).

§. 387.

Das bloße Daseyn der Schuld, oder die Verpflichtung des Schuldners jetzt zu zahlen, macht den Begriff der

1) l. 1. Cod. eod. (8. 43.)

2) Contius de div. mor. gener. c. 10.

3) l. 23. §. 1. D. de recept. qui arb. (4. 8.) l. 5. D. de rebus creditis. (12. 1.) l. 21. §. 3. l. 51. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 9. §. 1. l. 17. §. 3. l. 21. l. 23. pr. l. 47. D. de usuris (22. 1.) l. 63. D. de R. J. (50. 17.) Nicht widersprechen l. 3. §. 4. D. de act. E. V. (19. 1.) l. 137. §. 4. D. de V. O. (45. 1.), vgl. Donell. de mora cap. 5.

4) l. 51. pr. D. de A. E. V. (19. 1.)

5) Donell. comm. lib. 16. c. 2.

Säumigkeit desselben [1]) noch nicht aus. Wenn aber zur Existenz [2]) der Schuld noch eine Aufforderung von Seiten des Gläubigers an den Schuldner, er möge erfüllen (Mahnung, interpellare), hinzukommt; oder wenn ausnahmsweise gewisse besondre, gesetzlich bestimmte Verhältnisse hinzutreten: so befindet sich der Schuldner im Verzuge. Wenn also 1) der Schuldner oder wer zum Zwecke der Erfüllung einer Obligation ihn rechtlich vertritt (z. B. sein Vormund) ungeachtet der Mahnung [3]) von Seiten seines Gläubigers nicht erfüllt, — wobei noch als Bedingung gilt, daß die Mahnung nach Ort und Zeit schicklich geschehen und nur auf das rechtlich Gebührende gerichtet gewesen seyn muß —: so findet mora solvendi Statt, und zwar mora ex persona. Dagegen 2) nennt man mora ex re, wenn der Verzug des Schuldners schon nach gesetzlicher Bestimmung, ohne Mahnung (also aus dem Verhältnisse selbst) entspringt. Dieß geschieht nur in folgenden fünf Fällen: a) bei jedem auf einem Delicte beruhenden [4]) Besitze fremder Sachen (Diebstahl, gewaltsamer Besitz); denn diesen begleitet mora vom ersten Augenblick an; b) wenn der Schuldner sich verborgen hält und nicht [5]) gemahnt werden kann, von dieser eingetretenen Unmöglichkeit angerechnet; c) wenn der Gläubiger ein Minderjähriger

1) l. 32. pr. D. de usuris (22. 1.) l. 36. §. 3. D. de legat. I. (30.) l. 23. D. de V. O. (45. 1.)

2) l. 40. D. de rebus creditis (12. 1.) l. 127. de V. O. (45. 1.) l. 88. de R. J. (50. 17.)

3) l. 32. pr. §. 1. D. de usuris (22. 1.) Es gehört dazu gar nicht nothwendig die Anstellung einer Klage; diese erleichtert nur den Beweis der Mahnung. l. 82. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) l. 32. pr. §. 1. D. de usuris (22. 1.) l. 20. §. 11. D. de her. pet. (5. 3.)

4) l. 8. §. 1. l. 20. in fin. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 19. de vi (43. 16.) — l. 7. C. de cond. ob turp. caus. (4. 7.)

5) l. 23. §. 1. D. de usuris (22. 1.) l. 2. D. de naut. foenor. (22. 2.)

ist, so tritt, wenigstens zur Wirkung von [1]) Verzugszinsen, die **mora solvendi** ein vom Anfange der fälligen Schuld an; d) bei jedem Zahlungstermin, welchen die Gesetze [2]) selbst ausdrücklich festsetzen, vom Eintritte dieses Termins; e) wenn eine Conventionalstrafe [3]) auf den Fall der zu bestimmter Zeit mangelnden Erfüllung verabredet ist. Die letzten beiden besondern Fälle haben zu der falschen Lehre geführt, als ob die Nichtbeobachtung eines festgesetzten Erfüllungstags von selbst wie Mahnung wirke [4]) (**dies interpellat pro homine**). Dieß ist eben so irrig, als die Meinung [5]), daß der bei zweiseitigen Geschäften Erfüllende durch die bloße Erfüllung den andern Theil in moram versetze. — Verzögert der Schuldner aus rechtmäßigen Gründen, so entstehet keine [6]) mora; ob aber die Gründe rechtmäßig [7]) seyen, darüber kann nur der Richter nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden.

2. Folgen.

§. 388.

Alle Folgen des Verzugs und namentlich auch des Schuldnerverzuges gehen von dem Grundsatze aus, daß der Säumige dem andern Theile allen durch den Verzug entstandenen Schaden [8]) ersetzen müsse. Daher geht die

1) l. 3. C. quib. in caus. in int. rest. nec. non est (2. 41.) vgl. mit l. 87. D. de legat. II. (31.) l. 26. §. 1. D. de fideicomm. lib. (40. 5.)

2) z. B. l. 2. C. de jure emphyt. (4. 66.), bei der Emphyteuse.

3) l. 40. D. de rebus credit. (12. 1.) l. 23. D. de oblig. et action. (44. 7.) l. 77. D. de V. O. (45. 1.) l. 12. C. de contr. et comm. stip. (8. 38.)

4) Archiv f. civil. Praxis Bd. 5. Nr. 8. von Neustetel.

5) l. 5. l. 13. C. de action. E. et V. (4. 49.) Schöman Fragmente §. 13. S. 43.

6) l. 21. D. de usuris (22. 1.)

7) l. 32. pr. D. eod.

8) l. 17. §. 1. D. de rei vind. (6. 1.) l. 38. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.)

Gefahr der Sache auf den säumigen Schuldner über [1]), d. i. er muß von seinem Verzuge an sogar den Zufall tragen, mochte er auch vorher dazu nicht verpflichtet seyn. Demgemäß muß auch nur der Schuldner, im Falle seines Verzugs, unter [2]) den Nachtheilen leiden, welche im Preise der Sache eintreten können. Geht die Sache durch Zufall oder natürliches Ableben zu Grunde, so macht dieß den säumigen Schuldner nicht frei, sondern er muß noch für den Werth der Sache haften [3]); sein Verhältniß zum Gläubiger dauert durch die mora ausnahmsweise unverändert fort (obligatio perpetuatur). Zwar sprach in solchen Fällen ein Theil der ältern [4]) Römischen Juristen den Schuldner deßwegen frei, weil sie annahmen, der Untergang der Sache werde auch bei dem Gläubiger eingetreten seyn; jedoch die spätere Theorie erklärte sich gegen [5]) diesen Schluß, weil sie die Möglichkeit, daß der Gläubiger bald nach dem zur rechten Zeit geschehenen Empfange würde die Sache verkauft haben, in Betracht zog. Dem Schuldner, welcher durch Verzug in diesen Nachtheil gerathen ist, muß aber der Beweis nachgelassen werden, daß dem Gläubiger

1) l. 12. §. 3. D. depositi (16. 3.) l. 25. §. 2. D. solut. matrim. (24. 3.) l. 108. §. 11. D. de legat. I. (30.)

2) l. 30. §. 1. D. de jurejur. (12. 2.) l. 23. D. de const. pecun. (13. 5.)

3) l. 39. §. 1. D. de legat. I. (30.) l. 82. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) l. 3. C. de usur. et fruct. legat. (6. 47.) l. 91. §. 3. 4. D. de V. O. (45. 1.)

4) l. 14. §. 1. D. depositi (16. 3.); vgl. Donell. comm. 16, 2., welcher durch Interpretation diese Stelle mit der spätern Lehre vereinigen will. Cujac. ad l. 23. D. de V. O. ist noch für die ältere Theorie, außer bei der actio quod met. causa, condict. furtiva u. interd. de vi wegen l. 14. §. 11. D. quod metus caus. (4. 2.)

5) l. 12. §. 4. D. ad exhib. (10. 4.) l. 47. §. 6. D. de legat. I. (30.) l. 15. §. 3. D. de R. V. (6. 1.) l. 14. §. 11. D. quod metus caus. (4. 2.) Schöman vom Schadenersatze II. Thl. S. 59 ff. v. Glück Pand. B. 8. §. 588. S. 233 ff. Vgl. auch Glossa ad l. 14. §. 1. D. depositi (16. 3.)

der Verkauf der Sache, auch wenn sie zur rechten Zeit abgeliefert worden wäre, unmöglich gewesen seyn [1]), oder daß der Gläubiger den Verkauf auf keinen Fall vorgenommen haben, und daß die Sache auch ohne die mora untergegangen seyn würde. Aber der Dieb und gewaltsame Besitzer können diesen Beweis zu ihrem Vortheil nie nachgelassen bekommen, sondern haben [2]) fortwährend den Zufall zu tragen. — Der Ersatz selbst geschieht vom Diebe und gewaltsamen Besitzer [3]) immer nach dem höchsten Preise, welcher in der Zwischenzeit seit der mora Statt gefunden hat. Die übrigen säumigen Schuldner ersetzen, falls kein Zahlungstag bestimmt war, den höchsten Preis, welchen die Sache zu Anfang der mora oder zur Zeit des Urtheils hatte [4]), wobei also beide Zeitpuncte in Betracht kommen; falls aber ein Zahlungstag bestimmt war, bloß den höchsten Preis, der an diesem einen Tage [5]) Statt gefunden hat, ohne daß eine Aenderung dabei eintritt.

Die mora verbindet den säumigen Schuldner auch zu vollständiger Entschädigung des Gläubigers wegen der von diesem entbehrten Benutzung. Der Schuldner muß daher von einer rückständigen Sache alle Früchte, welche der Gläubiger davon hätte ziehen können [6]), erstatten, und

1) l. 14. §. 1. D. depositi (16. 3.) l. 40. pr. D. de hered. pet. (5. 3.) l. 15. §. 3. D. de rei vind. (6. 1.) l. 47. §. 6. D. de legat. I. (30.)

2) l. 7. §. 2. l. 16. l. 20. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 1. §. 34. l. 19. D. de vi (43. 16.) l. 2. C. de condict. furt. (4. 8.) l. 9. C. de furtis et serv. cor. (6. 2.)

3) l. 8. §. 1. D. de cond. furt. (13. 1.)

4) l. 3. §. 3. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 3. D. de cond. tritic. (13. 3.) l. 37. fin. D. mandati (17. 1.)

5) l. 12. §. 1. D. si quis caution. (2. 11.) l. 22. D. de rebus credit. (12. 1.) l. 4. D. de cond. tritic. (13. 3.) l. 59. D. de V. O. (45. 1.) Faber conject. jur. civ. Lib. 16. c. 6.

6) l. 62. §. 1. D. de R. V. (6. 1.) l. 12. pr. D. quod met. caus. (4. 2.) l. 39. §. 1. D. de legat. I. (30.)

von einer rückständigen Quantität bei actionibus bonae fidei [1]) Verzugszinsen zahlen. Das Römische Recht [2]) schrieb für diese den landesüblichen Fuß vor, welchen die [3]) Reichsgesetze auf fünf vom Hundert bestimmt haben. Aber es bleibt [4]) dem Gläubiger, welcher durch den säumigen Schuldner leidet, der Beweis, daß ihm eine höhere Nutzung seines Geldes, wenn er es zur rechten Zeit erhalten hätte, thunlich gewesen seyn würde, noch außerdem unbenommen. — Auch verbindet die mora des Schuldners ihn noch zum [5]) Ersatze alles übrigen dem Gläubiger durch die zur rechten Zeit nicht geschehene Erfüllung zugefügten Schadens.

Kommt bei einem zufolge der mora solvendi zu leistenden Ersatze der Ort [6]) der Leistung in Betracht: so ändert sich auch dieser zum Nachtheile des säumigen Schuldners in so weit, als der Gläubiger nun die Größe der Aestimation nach dem Orte der Entstehung der Obligation oder nach demjenigen, wo die Erfüllung zu fordern war, bestimmen lassen kann. — Endlich kann der Gläubiger von dem Contracte ganz abgehen, wenn das durch Verzug nicht zur rechten Zeit eintretende Factum ihm nun ganz unnütz geworden ist [7]). Die Gegenleistung kann er dem säumigen Schuldner dann zurückhalten, wenn dadurch nicht die entgegengesetzte mora entsteht [8]).

1) l. 32. §. 2. l. 34. D. de usur. (22. 1.)
2) l. 1. pr. l. 37. D. eodem.
3) Dep. Absch. v. 1600. §. 139.
4) Dep. Absch. cit. l. c.
5) l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loc. (13. 4.) l. 3. D. de in lit. jur. (12. 3.)
6) l. 3. §. 3. 4. D. de act. E. V. (19. 1.)
7) l. 24. §. 4. D. locati conduct. (19. 2.)
8) l. 13. §. 8. l. 25. D. de A. E. V. (19. 1.)

3. Erlöschung.

§. 389.

Der Schuldner kann seine moram purgare d. i. seinen Verzug beendigen oder aufheben, entweder I. durch eine von ihm vorgenommene einseitige Handlung, — a) durch die Leistung selbst, welche er schuldig ist, — b) durch die Versetzung des Gläubigers [1]) in die entgegengesetzte Mora, — c) und namentlich in obligatorischen Verhältnissen, für deren Erfüllung kein bestimmter Tag festgesetzt war [2]), durch Anerbietung der Leistung, wiewohl nur vor förmlichem Anfang des Rechtsstreites —; oder dadurch II. daß er sich mit dem Gläubiger vereiniget und durch diese spätere Uebereinkunft eine andre [3]) Erfüllung an die Stelle der vorigen, wenn auch nur eine neue Erfüllungszeit zwischen beiden verabredet wird. Außerdem erlischt die Mora des Schuldners III. durch den einseitigen Erlaß, welchen der Gläubiger auch schon dadurch ertheilt [4]), daß er ohne Vorbehalt die spätere Leistung noch annimmt; und endlich IV. durch Zufall oder andere Umstände, als a) Untergang der einzelnen Sache, welche der Verpflichtete schuldet, — b) oder rechtliche Gründe, welche der Erfüllung entgegentreten [5]) und den Begriff des Erfüllungsverzugs aufheben, — oder endlich c) durch Verjährung der ganzen Klage.

1) l. 17. D. de peric. et comm. rei vend. (18. 6.) l. 73. §. 2. l. 91. §. 3. D. de V. O. (45. 1.)

2) Denn, war dieser festgesetzt, so gilt sein Eintritt statt Mahnung, l. 21. §. ult. D. de recept. (4. 8.) l. 5. D. de R. cr. (12. 1.) l. 12. C. de contr. stip. (8. 38.), und wo diese Regel gilt, kann der Verzug nicht aufgehoben werden l. 23. pr. D. de recept. (4. 8.) l. 135. §. 2. de V. O. (45. 1.) Vgl. Thibaut System des Pand. R. 7te Ausg. §. 104. Note **), auch wegen der and. Meinungen.

3) l. 8. pr. D. de novat. (46. 2.) l. 29. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

4) l. 23. pr. D. de recept. (4. 8.)

5) l. 40. D. de R. cr. (12. 1.) l. 21. 22. 23. D. de usuris (22. 1.)

Wenn aber durch eine von diesen Ursachen die Mora des Verpflichteten fürs Zukünftige gehoben wird (purgatur), so werden die Folgen des einmal eingetretenen Verzugs damit nicht hinweggenommen; sondern der Gl. kann deßhalb auf Ersatz des Schadens dringen, welchen er davon gehabt hat.

B. Von der Mora accipiendi.

§. 390.

Der Verzug auf Seiten des Gläubigers **entsteht**, wenn dieser die Erfüllung nicht annehmen will; hierunter versteht man aber 1) wenn er durch sein Ausbleiben an dem Orte oder zur Zeit des verabredeten oder in einem Testamente bestimmten Empfangs dem Schuldner die gehörige Leistung dort und alsdann nicht möglich macht [1]); 2) wenn der Gläubiger die Annahme der Erfüllung verweigert, welche der Verpflichtete genau in der schuldigen Maße und Weise anbot [2]), auch (wo es möglich und erforderlich) thatsächliches Anerbieten [3]) der Schuld vornahm. Ein solches thatsächliches Anerbieten (reelle Oblation) ist bei Immobilien natürlich nicht möglich, und kann dem Verpflichteten überhaupt nur dann [4]) obliegen, wenn er die schuldige Sache dem Gläubiger hinzutragen gehalten war. 3) Endlich kann die mora accipiendi auch dadurch hervorgebracht werden, daß der Gläubiger seine Forderungen noch nicht klar gemacht hat, der Schuldner sie also nicht kennt und jenen vergebens zur Klarmachung [5]) auffordert.

1) l. 18. pr. D. de constit. pec. (13. 5.)

2) l. 72. pr. D. de solut. (46. 3.) l. 9. C. eodem (8. 43.)

3) l. 9. §. ult. D. de pign. act. (13. 7.) l. 73. §. ult. l. 122. pr. de V. O. (45. 1.) nov. 91. c. 2.

4) Lotz de morae init. p. 63—81.

5) l. 4. C. de usur. pup. (5. 56.)

Aufgehoben wird die Schuld des Verpflichteten durch die mora accipiendi des Gläubigers allerdings nicht, aber doch sehr verändert. Im Allgemeinen muß der im Verzuge sich befindende Gläubiger dem Schuldner den durch den Verzug entstandenen Schaden [1]) ersetzen. Außerdem geht die Gefahr auf den Verzögernden über, d. i. er muß den Zufall tragen, wiewohl er vorher dazu [2]) nicht verpflichtet seyn mochte. Der Verzug des Gläubigers befreiet den Schuldner auch von der Verpflichtung zum Fleiß und zur Bewachungsaufsicht [3]), so daß dieser dann bloß noch für Bosheit und culpa lata haftet; ja er kann, wenn es eine Sache war, welche der Gläubiger anzunehmen zögerte, sie aufgeben (derelinquiren) oder [4]) wegwerfen. Die Aestimation ändert sich ebenfalls für den verzögernden Gläubiger, sowohl dem Orte, als der Zeit nach. Von den beiden Oertern (wenn zwei bei der Obligation überhaupt vorhanden sind), nämlich wo die Verpflichtung entstanden ist und wo sie erfüllt werden sollte, wird nun derjenige als Aestimation=bestimmend angenommen, welcher dem verzögernden Gläubiger [5]) am nachtheiligsten ist. Kommt ein Dieb oder gewaltsamer Besitzer als verpflichtet zu einer Aestimationsleistung vor: so wird dessen beständige Mora durch die des Gläubigers allerdings in soweit verändert, daß ein nachheriger höherer Preis der gestohlenen oder gewaltsam besessenen Sache von Seiten des Gläubigers nun nicht mehr gefordert werden kann; mithin schadet dem Gläubiger seine mora accipiendi auch gegen den

1) l. 38. §. 1. D. de action. E. et V. (19. 1.)
2) l. 84. §. 3. D. de legat. I. (30.) l. 105. D. de V. O. (45. 1.) l. 72. pr. D. de solut. (46. 3.)
3) l. 5. l. 17. D. de per. et comm. rei vend. (18. 6.) l. 9. D. solut. matr. (24. 3.)
4) l. 1. §. 3. D. de per. et comm. rei vend. (18. 6)
5) l. 3. §. 4. D. de act. E. et V. (19. 1.)

verbrecherischen Besitzer. Im Uebrigen gilt für den Verzug des Berechtigten bei der Frage, nach welchem Zeitpuncte die Aestimation zu bestimmen sey, Folgendes: ist ein einzelner Zahlungstag festgesetzt [1]) worden: so richtet sich der Preis bloß nach diesem ohne Aenderung und es bleiben dem Schuldner nur seine etwanigen Schadensersatzansprüche gegen den verzögernden Gläubiger vorbehalten. Nur in Ermangelung eines bestimmten Leistungstags muß der zögernde Gläubiger den geringsten Preis sich gefallen lassen [2]), welcher vom Anfange seines Verzugs bis zu Anstellung der Klage irgend einmal Statt gefunden hat. — Ferner [3]) befreiet der anzunehmen säumige Gläubiger dadurch von nun an den Schuldner von allen Folgen der mora **debendi**, welche etwa vorher eingetreten war; und beraubt sich selbst der Einrede des nicht erfüllten Contracts bei zweiseitigen Geschäften, so wie er sich den Anspruch auf Verzugszinsen vom Anfange seiner mora **accipiendi** an ebenfalls nimmt [4]).

Erlöschen kann dieser Gläubigerverzug nur durch Annahme der Leistung oder durch eine Handlung, welche den Schuldner in den entgegengesetzten Verzug versetzt [5]); was aber für die einmal eingetretenen Folgen der Säumniß des Gläubigers ohne Wirkung ist.

1) l. 12. §. 1. D. si quis caut. in jud. (2 11.) l. 22. D. de R. cred. (12. 1.) l. 4. D. de condict. trit. (13. 3.) v. Faber conj. jur. civ. 16, 6.

2) l. 37. fin. D. mandati (17. 1.) l. 3. §. 4. D. de act. E. et V. (19. 1.)

3) l. 72. pr. D. de solut. (46. 3.)

4) l. 28. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 4. C. de usur. pup. (5. 56.)

5) l. 17. D. de per. et comm. rei vend. (18. 6.)

IV. Von der Erfüllung durch Niederlegung.

§. 391.

Will der Schuldner sich einer Schuld entledigen durch Erfüllung, ohne daß der Gläubiger annehmen [1]) will, kann oder darf (wenn er z. B. unfähig [2]) ist, über sein Vermögen zu disponiren und mithin Andere zu liberiren, oder wenn er abwesend, unbekannt [3]), oder die Schuld mit [4]) Arrest belegt worden ist): so kann der Schuldner dadurch Zahlung leisten, daß er die Schuld gerichtlich [5]) niederlegt. Es muß dieß vor dem competenten Richter geschehen, d. i. demjenigen, bei welchem der Schuldner hätte verklagt werden können, wenn er sich einer Klage von Seiten des Gläubigers ausgesetzt hätte. Daß das Gericht auf Antrag des niederlegenden Schuldners den Gläubiger zu der Handlung vorlade, ist rechtlich nicht nothwendig, aber des nachherigen Beweises einer mora accipiendi wegen sehr räthlich. Uebrigens kann die gerichtliche Deposition der Leistung eigentlich nur bei solchen Mobilien vorkommen, welche sich für gerichtliche Deposition eignen, also bei Geldern, Kostbarkeiten, Urkunden und dgl. Diese werden im Gerichte nachgezählt und respect. beschrieben, dann versiegelt und in Verwahrung genommen. Andere Leistungsgegenstände können vom Schuldner mit geringerer Sorgfalt behandelt werden, ohne daß er darum den Zweck, die Obligation aufgehoben zu haben, verfehlte; sofern nur gewiß ist, daß der Gläubiger sich im Verzuge befindet. Grundstücke kann er ohne Zweifel verlassen, allenfalls nach Anzeige davon bei Gerichte. Facta braucht er bloß anzubieten [6]), so gelten

1) l. 9. l. 19. C. de usuris (4. 32.)

2) l. 7. §. 2 D. de minor. (4. 4.)

3) l. 18. §. 1. D. de usur. (22. 1.)

4) Kind quaest. for. Tom. 2 c. 44

5) l. 19. C. de usur. (4. 32.)

6) l. 39. D. de R. J. (50. 17.)

sie schon für geleistet. Wein [1]) u. dgl., wobei der Schuldner das Interesse hat [2]), aufzuräumen, kann er wegschütten. Ganz unbedenklich ist das Unterbringen der Sache bei Andern, dessen Kosten dann der säumige Gläubiger bezahlen muß. — Deponirt der Schuldner gerichtlich, so [3]) hebt er seine Schuld gänzlich, also auch die Zinsverpflichtung, dadurch auf, ohne daß deßhalb schon die deponirte Sache in das Eigenthum des Gläubigers, der sie noch nicht in Besitz genommen hat, überginge. Es erlischt jene Schuld aber mit allen Anhängen der Schuld (Pfandrecht, Bürgschaft rc.). Sollte indessen während der Depositionszeit der Schuldner wieder vor Gericht erscheinen und Rückgabe seiner Leistung fordern: so [4]) lebt zwar die Schuld selbst in allen ihren Theilen, z. B. die Zinsverpflichtung, wieder auf, keineswegs jedoch deren accessorische Verhältnisse, weil dazu die rechtliche Veranlassung mangelt. — Frage: wer trägt die Gefahr der Sache, welche sich durch wohlbefugte Niederlegung von Seiten des Schuldners in gerichtlichem Gewahrsam befinden? Die Sache mag ein [5]) Individuum seyn oder ein genus: so trägt nach rechtmäßiger Deposition der Gläubiger die Gefahr.

V. Beschränkungen der Erfüllungsverbindlichkeit.

A. Durch Veränderungen im Gegenstande.

§. 392.

Die Erfüllungsverbindlichkeit erleidet nicht selten auch

1) l. 1. §. 3. 4. l. 2. D. de per. et com. rei vend. (18. 6.)

2) Archiv der civ. Prax. 3, 9. A. M. sind Donellus Comm. 16,14. Glück's Comm. 17. §. 1036. S. 181 ff.

3) l. 9. Cod. de solut. (8, 43.) l. 9. l. 19. C. de usur. (4 32.)

4) l. 8. C. de distract. pign. (8. 28.) [„nisi forte eas receperit" —]

5) l. 39. fin. D. de solut. (46. 3.) l. 72. pr. D. eod. l. 19. C. de usuris (4. 32.)

ohne wirkliche Erfüllung Beschränkungen und zwar wird sie öfters durch Veränderungen im Gegenstande der Schuld beschränkt; außerdem auch noch durch Rechtswohlthaten des Schuldners.

Mittelst Veränderung im Gegenstande wird die Verbindlichkeit beschränkt theils durch die Unmöglichkeit einer der Obligation genau gemäßen Erfüllung. Geht nämlich die Sache unter [1]), welche der Schuldner geben sollte (obligatio dandi) oder wird sie so wesentlich verändert, daß sie nicht mehr für die vorige zu halten ist [2]): so wird der Schuldner ganz befreiet, braucht mithin weder einen ähnlichen Gegenstand zu substituiren, noch diesen Verlust dem Gläubiger zu ersetzen. Denn da die schuldige Sache nicht mehr existirt, so tritt der Grundsatz ein, daß Niemand Unmögliches zu leisten verpflichtet seyn kann. Die Obligation wird aber durch solche Umstände immer nur soweit aufgehoben, als ihre Erfüllung unmöglich wird; sie muß also theilweise erfüllt werden, wenn die Sache nicht ganz zu Grunde ging. Sollte, nachdem die Unmöglichkeit der Erfüllung wieder weggefallen ist, das alte obligatorische Verhältniß ohne wesentliche Veränderung erfüllt werden können: so lebt [3]) die bis dahin weggefallene Obligation auch wieder auf. Außerdem aber nicht, und es neigt sich das Röm. Recht dahin, eine in ihre vorigen, einmal ganz unterbrochenen Verhältnisse zurückgekehrte specielle Sache für eine neue, nicht für die alte anzusehen. — Kommt die Sache dem Schuldner, welcher sie leisten muß, ohne seine

1) l. 33. l. 37. D. de V. O. (45. 1.) §. 2. Inst. de inutil. stip. (3. 20.) („Item contra“ etc.) l. 83. §. 5. D. de V. O. („Nam et cum quis“ etc.)

2) l. 98. §. 8. D. de solut. (46. 3.)

3) l. 83. §. 5. cit. l. 98. §. 8. cit.

Schuld durch ein Delict dritter Personen abhanden [1]): so wird er frei, wenn er dem Gläubiger die Klage gegen diese Dritten, gleichsam als noch übrig gebliebenen Theil der Sache, abtritt. — War die Obligatio auf ein Thun gerichtet: so wird der Schuldner frei, wenn er persönlich unfähig [2]) zu der schuldigen Verrichtung wird. — Eine Unmöglichkeit der Leistung kann auch vorkommen bei generischen und alternativen Obligationen. Bei jenen macht erst der Untergang der ganzen Art der fraglichen Gegenstände frei, so wie bei diesen die Unmöglichwerdung beider alternativen Fälle der Erfüllung [3]). — Ist übrigens bei diesen ganzen Beschränkungsarten der Obligation eine Fahrlässigkeit auf Seiten des Schuldners Grund der Gegenstandsveränderung: so muß er [4]) Schadensersatz leisten.

B. Durch die gesetzlichen Rechtswohlthaten des Schuldners.

1. Durch das *beneficium cessionis bonorum.*

§. 393.

Dem Schuldner stehen gegen die Erfüllungsverbindlichkeit mehrere Rechtswohlthaten zur Seite, nämlich die Wohlthat der Abtretung seiner Güter an seine Gläubiger, die des nothwendigen Lebensunterhaltes, und die der Herausgabe an Zahlungs Statt. — Die erstere (beneficium cessionis bonorum) besteht darin, daß dem Schuldner, welcher ohne sein Verschulden [5]) in Zahlungsunfähigkeit ge-

1) l. 31. pr. D. de act. E. V. (19. 1.) Donelli comm. 16, 6.

2) l. 5. pr. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 10. §. 1. D. de lege Rhod. (14. 2.)

3) l. 34. §. 6. D. de cont. emt. (18. 1.)

4) l. 91. §. 3—6. D. de V. O. (45. 1.) (perpetuatur obligatio.)

5) Schweppe's System des Conc. §. 3. 25.

rathen ist, wenn er seinen Gläubigern sein Vermögen zum Zwecke ihrer möglichstbesten [1]) Befriedigung abtritt, davon gewisse vortheilhafte Folgen in Anspruch nehmen darf. Zwar tilgt der Schuldner, welcher diese Rechtswohlthat erwählt, damit seine Verpflichtung nicht weiter, als [2]) das abgetretene Vermögen reicht; aber 1) er entgeht dadurch der persönlichen Haft, welche dem in Ueberschuldung gerathenen Schuldner sonst gesetzlich drohet; 2) er braucht aus seinem nachmals erworbenen, neuen Vermögen nicht eher wieder an seine durch die Abtretung des Vermögens abzufindenden Gläubiger Etwas zu bezahlen, als bis der neue Erwerb [3]) beträchtlich geworden ist; fordern sie früher die Nachzahlung des Restes, so hat er gegen die Fordernden die Einrede [4]) der geschehenen Güterabtretung, sollten sie sich auch in seinen Concurs nicht eingelassen haben; 3) er darf von seinem nachmals neu erworbenen Vermögen, ehe es wieder, als beträchtlich geworden, unter seine Gläubiger vertheilt wird, soviel abziehen, als zu seinem Unterhalte erforderlich ist [5]) (beneficium competentiä, — condemnatur in id, quod facere potest). — Hierbei sind jedoch noch einige Bemerkungen zu machen: — Was „beträchtlich" heiße, wenn das nach der Abtretung wieder erworbene, neue Vermögen des Schuldners beurtheilt werden soll, fällt dem Ermessen des Richters anheim, welcher dabei auf die Bedürfnisse und den Stand des Schuldners zu sehen hat;

1) l. 3. l. 9. D. de cess. bon. (42. 3.)
2) l. 1. C. qui bonis ced. poss. (7. 71.)
3) l. 6. 7. D. de cess. bon. (42. 3.)
4) §. 4. fin. I. de replicat. (4. 14.) l. 17. pr. D. de recept. (4. 8.) l. 3. C. de bonis auct. jud. (7. 72.) l. 4. pr. §. 1. D. de cess. bon. (42. 3.)
5) §. 40. I. de action. (4. 6.) l. 4. pr. D. de cess. bon. (42. 3.)

jedenfalls muß es etwas [1]) Beträchtliches seyn. — Wenn der Schuldner nach geschehener Abtretung seiner Güter wieder andere Verbindlichkeiten übernommen: so hat er gegen diese [2]) neuen Gläubiger das beneficium competentiä nicht. — Dieses kommt auch gegen keinen Gläubiger dem Bürgen zu Statten [3]), welchen ein abtretender Schuldner bestellt haben mag; es sey denn, daß dieser Bürge zum zweiten Male selbst bonis cedirte. — Bei der Anwendung des beneficii competentiä als Folge der cessio bonorum gilt die Voraussetzung, daß der Schuldner, welcher darauf seine Ansprüche geltend machen will, nicht im Stande sey, durch seine Geschicklichkeit sich genügend zu erhalten [4]); denn in dem Falle einer solchen ausreichenden Geschicklichkeit ist diese consequente Weise als ein ihm bleibendes Erhaltungscapital anzusehen.

2. Durch das beneficium competentiä.

§. 394.

Die zweite Rechtswohlthat des bedrängten Schuldners ist das schon im vorigen Paragraphen berührte Recht, nur soviel zu bezahlen, als er, ohne Schmälerung seines Lebensunterhaltes [5]), entbehren kann (quod facere potest). Diese Competenzwohlthat kommt zu: 1) dem Schuldner,

1) l. 6. 7. D. de cess. bon. (42. 3.)

2) l. 3. Cod. de bon. auct. jud. (7. 72.) („ex contractu, qui cessionem rerum *antecessit.*" —)

3) §. 4. fin. I. de replic. (4. 14.)

4) s. Thibaut Pand. R. §. 106. Note k.

5) §. 37. I. de action. (4, 6.) l. 21. l. 30. D. de re judic. (42. 1.) l. 43. D. solut. matr. (24. 3.) l. 173. pr. D. de R. J. Donellus ad l. 16. D. de re jud. (Comm. jur. c. lib. 27.) Thibaut civ. Abh. 1, 16. S. 346 ff.

welcher, nachdem er schon einmal bonis cedirt hat, von denselben Gläubigern, die zur Zeit seiner frühern cessio bonorum seine Gläubiger waren, auf den unbezahlt gebliebenen Theil ihrer Forderung belangt wird (s. §. 393.); — 2) den im Dienste des Staats befindlichen Kriegsleuten [1]), so wie jedem Filiusfamilias in Beziehung auf sein militärisches Sondergut; eine Bestimmung, welche aber nicht auszudehnen ist; — 3) den Ehegatten [2]) unter einander; — 4) den Ascendenten [3]) gegen ihre Descendenten (nicht umgekehrt); — 5) den Geschwistern unter [4]) einander; — 6) dem Ehemanne, dessen Vater und Kindern, falls nach getrennter Ehe die dos [5]) restituirt werden muß; — 7) auch dem Ehemanne gegen diejenigen, welche ihn wegen der Kosten der von ihnen besorgten Beerdigung seiner Ehefrau [6]) belangen; — 8) dem Schwiegervater gegen den [7]) Schwiegersohn, welcher Erstern während der Ehe auf Bezahlung der dos verklagt; — 9) dem Gesellschafter in Rücksicht der Verbindlichkeit aus der Societät, der allgemeinen immer [8]), und, im Falle einer sehr bedeutenden und innigen Verbindung, nach dem Ermessen des Richters auch der particulären; — 10) dem Schenker [9])

1) l. 6. pr. D. de re jud. (42. 1.) l. 7. D. de cast. pec. (49. 17.)

2) l. 20. D. de re jud. (42. 1.) Cujac. obs. l. 24. c. 38.

3) l. 16. D. eod. l. 7. §. 1. D. de obs. par. et patr. praest. (37. 15.) §. 38. I. de act. (4. 6.) l. 16. D. de re jud. (42. 1.)

4) l. 63. pr. D. pro socio (17. 2.)

5) l. 12. l. 15. §. 2. l. 16. l. 18. pr. D. de re jud. (42. 1.) l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

6) l. 27. §. 2. l. 28. D. de relig. (11. 7.)

7) l. 21. 22. D. de re jud. (42. 1.) l. 84. D. de jur. dot. (23. 3.) Vgl. Thibaut System §. 107.

8) l. 63. pr. D. pro socio (17. 2.) l. 16. D. de re jud. (42. 1.) bes. vgl. Archiv f. civ. Praxis 2r Bd. Nr. 33. (Erklärung v. Neustetel und Gans.)

9) l. 19. §. 1. D. de re jud. (42. 1.) l. 33. D. de jur. dot. (23. 3.)

oder Schuldner einer Freigiebigkeit, welcher wegen derselben belangt wird; — 11) Jemanden, der nach aufgehobener väterlicher Gewalt, unter welcher er stand, aus den während derselben eingegangenen Geschäften [1]) kurz nach beendigter väterlicher Gewalt belangt wird und nur ein in Beziehung auf die Schuld verhältnißmäßig kleines Vermögen aus dem väterlichen Nachlasse ererbt hat; — 12) endlich demjenigen [2]), welchen die Competenz durch einen Vertrag oder letzten Willen ausdrücklich zugesichert worden ist.

Fortsetzung.

§. 395.

Die eigenthümliche Natur der Competenzwohlthat führt noch zu folgenden Erinnerungen: Dieses ist bloß ein singuläres Vorrecht gewisser Personen, und zwar ein höchst persönliches, auf welches Bürgen und Erben keinen Anspruch machen können [3]). — 2) Wie viel dem Schuldner übrig gelassen werden müsse, richtet sich nach den Umständen, unter denen der Richter auch die nöthigen Kleidungsstücke und Mobilien berücksichtigen muß, selbst wenn der Schuldner durch seine Arbeit seine Alimente (im strengsten Sinne des Wortes) ganz oder theilweise sollte erwerben können (s. S. 56. Note 5.) — 3) Uebrigens ist auf die weitern Schulden, welche der Verpflichtete gegen dritte Personen noch haben möchte, auf keine Weise Rücksicht zu nehmen; sondern es ist ihm nur unter Beachtung der zunächst resultirenden Lage seines Vermögens soviel zu lassen,

1) l. 2. pr. §. 1. D. quod cum eo, qui in al. pot. (14. 5.) Noodt ad Pand. l. 14. tit. 5. — l. 4. §. 4. eodem.

2) l. 49. D. de pact. (2. 14.)

3) l. 12 l. 13. D. solut. matr. (24. 3.) l. 24. §. 1. l. 25. D. de re jud. (42 1.) l. 7. pr. D. de except. (44. 1.)

daß er seine Bedürfnisse anständig befriedigen könne[1]). Jedoch der Schenker hat, vom Beschenkten angegriffen, das Recht, außer seinem Unterhalte noch den Betrag seiner Schulden abzuziehen. — 4) Das beneficium competentiä kann nur mittelst vorgeschützter Einrede ausgeübt werden; hat man also einmal voll bezahlt[2]), so findet wegen der vorhandenen obligatio naturalis eine Rückforderung nicht Statt. Die Einrede kann jedoch selbst nach dem Urtheile[3]) noch angewandt werden. — 5) Kommt der Schuldner nachher in bessere Umstände, d. i. zu beträchtlicher Vermehrung seines Vermögens: so muß er den Rückstand nachzahlen. Diesen hebt das beneficium competentiä also nicht auf. Er ist auch schuldig, wegen jener Nachzahlung eine cautio promissoria zu leisten[4]). — 6) Der Zeitpunct, nach welchem der Bestand des Vermögens zum Zwecke der Anwendung dieser Rechtswohlthat berechnet wird, ist die Zeit der Rechtskraft des verurtheilenden[5]) Erkenntnisses. — 7) Das beneficium competentiä kann, wo es auch im Allgemeinen gilt, doch aus besondern Gründen verloren gehen und zwar theils wenn der Schuldner gegen den Gläubiger arglistig[6]) gehandelt hat, und besonders durch eine solche Handlung die Leistung

1) l. 54. D. solut. matr. (24. 3.) l. 16. l. 19. §. 1. l. 49. D. de re jud. (42. 1.) l. 19. D. de donat. (39. 5.) Glück's Comm. 14, §. 897. S. 292 ff.

2) l. 8. l. 9. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 5. §. 2. de liberatione leg. (34. 3.)

3) l. 17. §. 2. D. sol. matr. (24. 3.) l. 33. pr. D. de donat. (39. 5.) l. 41. §. 2. D. de re jud. (42. 1.)

4) l. 63. §. 4. D. pro socio (17. 2.) l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.) l. 8. C. solut. matr. (5. 18.)

5) l. 63. §. 6. D. pro socio (17. 2.) l. 15. pr. D. solut. matr. (24. 3.)

6) l. 67. §. 3. D. pro socio (17. 2.) l. 4. §. 2. D. quod cum eo, qui in al. pot. (14. 5.) l. 22. §. 1. l. 51. pr. l. 52. D. de re jud. (42. 1.) l. 21. §. 6. D. rer. amot. (25. 2.)

schuldig geworden ist; theils wenn [1]) er sein Vermögen absichtlich verringerte, um seinen Gläubigern zu schaden; theils wenn der Schuldner auf die Rechtswohlthat der Competenz verzichtet hat. Ueber die Folge der Verzichtleistung in diesem Verhältnisse redet zwar das Röm. Recht nicht ausdrücklich, allein es ist Regel, daß Jeder auf die ihm zustehenden Rechtswohlthaten verzichten könne. Indessen findet sich eine ausdrückliche Ausnahme von dieser sonst allgemeinen Verzichtsfähigkeit: Der Ehemann [2]) kann dem Benefiz gegen die Frau nicht gültig entsagen, weil dergleichen gegen die guten Sitten und die dem Ehemanne schuldige Achtung anstieße. Diese Vorschrift ist unbedenklich auf Aeltern auszudehnen, welche von ihren Kindern belangt werden.

Außer dem eigentlichen **beneficium competentiä** haben die spätern [3]) Deutschen Juristen noch ein anderes erfunden, welches sie **beneficium competentiä ex jure tertii** nennen. Es soll darin bestehen, daß ein Dritter in einem gewissen Falle das Recht habe, zu verlangen, es müssen dem Schuldner von seinen Gläubigern die Alimente gelassen werden; und zwar mit der Bestimmung: wer dem Schuldner Unterhalt gegeben und ein Interesse daran habe, daß er denselben behalte, könne auch dessen Gläubiger nöthigen, ihm diese Alimente zu lassen. Daher dürfe man Staatsdienern und Soldaten, so wie den Geistlichen rc. nicht ihren ganzen Gehalt entziehen, weil Staat und Kirche ein Interesse haben, diese Personen nicht ohne Ali-

1) l. 63. §. 7. D. pro socio (17. 2.)

2) l. 14. §. 1. D. sol. matr. (24. 3.)

3) Hellfeld Diss. de benef. competent. ex proprio aeque ac tertii jure (Opusc. jur. civ. nr. 25.) §. 14 — 25. Vgl. Schweppe System des Conc. §. 34.

mente zu sehen. Aber nicht allein, daß diese Lehre mit dem benef. competentiä gar nicht zusammengestellt werden kann, dessen Regeln auf sie schlechthin nicht passen; sondern ihr Grundsatz ist auch, wiewohl er in der Praxis eingewurzelt steht, völlig falsch. Denn der Unterhalt, welchen ein Dritter dem Schuldner giebt, fließt immer in des Letztern Vermögen, und dieses gehört dessen Gläubigern; auch kann aus einem persönlichen Interesse oder Anspruch kein Recht auf einen Dritten hergenommen werden.

3. Durch *datio in solutum.*

§. 396.

Die letzte, erst von Justinian eingeführte Wohlthat für den Schuldner, welcher bedrängt ist, besteht darin, daß er seinem Gläubiger, welchem er persönlich eine Geldsumme schuldet und welcher durch sein Andrängen ihn zum Concurs bringen würde, zur Berichtigung dieser Schuld, Grundstücke nach einem Taxat aufnöthigen darf (datio in solutum), falls er diese zu einem angemessenen Preise nicht verkaufen kann und baares Geld zur Befriedigung des Gläubigers nicht in den Händen hat [1]). Es ist dieses mithin nur für den Nothfall ein Auskunftsmittel.

4. Durch besonders auszuwirkende Erleichterungsmittel.

§. 397.

Die Erfüllungsverbindlichkeit des Schuldners wird manchmal auch endlich durch besonders auszuwirkende Erleichterungsmittel beschränkt; diese können folgende seyn: 1) das pactum de non petendo (s. unten §. 631.) mit einem einzelnen Gläubiger, welches diesem bis zum Aufhören der Wirksamkeit des Vertrags die Anstellung der

1) Nov. 4. c. 3. Cujacius obs. l. 24. c. 38. Nov. 120. c. 6.

Klage nicht gestattet; 2) das [1]) **Moratorium** (Anstands- oder eiserner Brief, **literä inducïales, dilatoriä, respirationis, securitatis.**) Dieses ist eine Stundungsvergünstigung, welche einen die gesetzlichen Zahlungsfristen (vom Richter allein zu bewilligende Fristen!) [2]) übersteigenden Aufschub für den Schuldner bewirkt und vom Regenten [3]) ertheilt worden ist. Erforderlich [4]) zur Erlangung eines Moratoriums ist, daß der Schuldner klar mache, wie eine solche ungewöhnliche Stundung den Gläubigern nicht schade, ihn aber wahrscheinlich vor dem Ruin schütze; mithin daß er an sich zur Befriedigung seiner Gläubiger im Stande, und nur durch die in gewöhnlichen Fristen vollstreckt werdende Execution zahlungsunfähig werde, — auch daß er ohne Schuld in diese Lage seines Vermögens gerathen sey; wobei dann zugleich Sicherstellung [5]) der Gläubiger wegen der künftigen Zahlung anzubieten ist. Werden diese Umstände richtig befunden, so hängt übrigens die Dauer des Moratoriums, welches der Regent ertheilen will, von dessen Willkür ab (nach Röm. Rechte gewöhnlich auf fünf Jahr bestimmt, daher **literä** oder **induciä quinquennales.**) Sollten die Umstände sich ändern, so können die Gläubiger eine Abkürzung der verliehenen Stundung bei dem Regenten erwirken. — Die Wirkung des Moratoriums ist noch, daß die Schuld während desselben durch Zinsen nicht wächst, falls diese nicht schon vor Erlangung des Anstandsbriefs zu laufen angefangen haben. Gegen Forderungen aber, welche nach jener Erlangung erst

1) Schweppe's System des Conc. §. 11 ff.

2) l. 2. l. 31. D. de re jud. (42. 1) l. 2. 3. C. de usur. rei jud. (7. 54.)

3) l. 4. C. de prec. imp. off. (1. 19.) Vgl. Schweppe's Rechtsgeschichte §. 587.

4) Thibaut System d. Pand. §. 1019.

5) l. 4. Cod. cit.

entstehen, schützt er nicht; und kommt nur den Bürgen des Schuldners, nicht seinen Erben zu Statten. — Uebrigens kann ein Beschluß der Mehrheit der Gläubiger gegen die Minderzahl dieselben Wirkungen, wie das Moratorium des Regenten, hervorbringen [1]. — 3) Endlich kann der bedrängte Schuldner auch noch durch einen Nachlaß oder Erlaß von Raten der Forderungen erleichtert werden, welchen die Gläubiger, wenn sich deren Mehrheit gegen die Minderzahl darüber vereiniget, in einem besondern Falle [2]) (s. §. 847.) mittelst Beschlusses dem Schuldner zu bewilligen im Stande sind.

Vierter Abschnitt.

Von der Uebertragung der Obligation.

I. Zulässigkeit derselben.

§. 398.

Eine Obligation [3]) geht oft von ihrem Berechtigten auf einen andern durch Vererbung über; außerdem aber kann sie auch durch Uebertragung (cessio) übergehen, wobei man den Uebertragenden cedens, den Uebernehmenden Cessionarius, und den Schuldner, dessen Verpflichtung übertragen wird, debitor cessus nennt. Die Handlung wird im Röm. Rechte oft actiones mandare oder actiones vendere genannt. — Im alten Röm. Rechte geschah die wirkliche Uebertragung einer Forderung durch cessio in jure oder auch durch Bestellung des Uebernehmenden zum procurator in rem suam. Durch die erstere Handlung

1) l. 8. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.)

2) s. Schweppe's System des Concurses §. 16 ff.

3) Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte. 2te Aufl. 1826.

wurde die Obligation und Klage völlig übertragen; auf den procurator in rem suam ging aber eigentlich nicht das Recht, sondern bloß die Ausübung über. Da nun nachmals die cessio in jure mit den alten Erwerbsformen unterging und nur die Bestellung eines procuratoris in rem suam zum Zwecke der Uebertragung eines Forderungsrechts übrig blieb: so behielt das neuere Röm. Recht die Ansicht, daß das jus obligationis nicht auf Andere übergehe (s. §. 371.)

In der Regel können alle Forderungen cedirt werden, und nicht bloß actiones in personam, sondern sogar [1]) actiones in rem für einen bestimmten Fall; auch solche, die jetzt noch von Bedingung oder Betagung [2]) abhängen, auch selbst bloße obligationes naturales; und es ist namentlich eine ganz falsche Meinung, daß die Uebertragungsfähigkeit einer Forderung von ihrer Vererblichkeit abhängig [3]) zu machen sey. Aber Ausnahmen der regelmäßigen allgemeinen Cessionsfähigkeit der Forderungen sind: a) alle Forderungen, welche unzertrennlich sind mit Verbindlichkeiten, können nicht [4]) ohne Einwilligung des andern Theils übertragen werden; b) solche Forderungen, deren Natur und Umfang sich ganz [5]) nach der Person des bisherigen Gläubigers richten, können auf einen neuen nicht durch Cession übergehen; c) actiones litigiosae [6]) sollen nicht allein nicht cedirt werden, unter Ungültigkeit

1) l. 9. C. de hered. vel act. (4. 39.)

2) l. 17. l. 19. D. de her. vel act. vend. (18. 4.) l. 3. C. de donationibus. (8. 54.) l. 40. pr. D. ad S. C. Trebell. (36. 1.)

3) H. de Cocceji de cess. eor. quae ad hered. non trans. et contra c. 2. (Exerc. Vol. 2. T. 2. n. 65.) — Mühlenbruch, Cession ꝛc. S. 220—224. 256—308.

4) l. 1. C. de nov. et deleg. (8. 42.)

5) l. 9. §. 1. D. de oper. libert. (38. 1.)

6) l. 2. l. 4. Cod. de litig. (8. 37.)

der geschehenen Cession, sondern diese soll auch noch bestraft werden; — wovon jedoch eine cessio actionum litigiosarum [1]), welche in Folge der Bestellung einer dos, oder einer donatio propter nuptias, oder eines Vergleichs oder einer Erbschaftstheilung geschiehet, wieder eine Ausnahme von der Regel macht. Daß unsere Praktiker überhaupt litigiöse Klagen cediren lassen, ist gänzlich [2]) falsch. — Manche wollen auch eine theilweise Uebertragung einer Forderung verbieten. Aber die dafür angeführten Stellen [3]) enthalten eine Regel nur zum Vortheile des Gläubigers, welcher nicht genöthiget seyn soll, in gewissen Fällen seine Klage zu zertheilen [4]); also nicht zum Vortheile des Schuldners, dessen Gläubiger mithin nicht verboten ist, theilweise zu cediren und den Schuldner mehreren zertheilten Klagen auszusetzen.

Subjective Einschränkungen der allgemeinen Regel der Cessionsfähigkeit giebt es auch, doch läßt die Deutsche, nach ganz veränderten Verhältnissen, auf eine weit sicherere Rechtspflege sich stützende Praxis diese Einschränkungen meist unbeachtet. Uebernehmer einer Forderung (Cessionar) darf Niemand seyn, welcher den Schuldner an Macht ansehnlich übertrifft [5]) (potentior); sollte ihm dennoch cedirt seyn ohne Arglist, so ist die Uebertragung nichtig; geschah es arglistig, so wird der Schuldner von der ganzen cedirten Verpflichtung dadurch frei. Ebenso, wenn ein Gläubiger des [6]) Mündels seine Forderung dem jetzigen oder abgegangenen Vormunde, oder wenn ein jüdischer Gläubiger eines Christen einem Christen abtritt [7]).

1) l. 4. C. cit.
2) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 31.
3) l. 1. §. 25. l. 2. D. de exercit. act. (14. 1.) l. 27. §. 8. D. de peculio (15. 1.)
4) l. 5. §. 7. D. judic. solvi (46. 7.)
5) l. 1. 2. C. ne lic. potent (2. 14.) Mühlenbruch a. a. O. §. 30.
6) Nov. 72. c. 5.
7) Vgl. Thibaut System.

II. Uebertragung selbst.

§. 399.

Die cessio ist bei Forderungen ungefähr dasjenige, was Tradition beim Eigenthume ist. Daher man auch hier ein vorhergehendes Geschäft, als rechtliche Veranlassung, und den Act der Uebertragung unterscheiden muß. Das erstere geschieht sehr häufig durch einen Vertrag, z. B. [1]) Kauf, Tausch, Schenkung, durch eine testamentarische Verfügung, oder in Beziehung auf ein schon vorhandenes obligatorisches Verhältniß [2]). — Nach neuerm Rechte bedarf es in gewissen Fällen der eigentlichen Uebertragung [3]) gar nicht, sondern die justa causa praecedens giebt dem Uebernehmer (Cessionarius) schon die actio utilis, nämlich a) wo dieses veranlassende Geschäft [4]) (der Titel der Cession) in einem freien Vertrage bestehet, b) wo ein Mandatar Forderungen für seinen Mandanten erworben hat und sie eigentlich auf diesen nun erst übertragen [5]) müßte, c) wenn ein Tutor statt eines andern Tutors dem Pupillen Zahlung geleistet hat und sich dagegen vom Pupillen hätte die Klage gegen den andern Tutor [6]) cediren lassen müssen. — Die Einwilligung des debitor

b. Pand. R. §. 81. R. Absch. v. 1551. §. 79. Pol. O. v. 1577. T. 20. §. 4. 79. J. H. Boehmer J. E. P. 5. 6, §. 68. Mühlenbruch a. a. O. §. 34.

1) l. 2. l. 6. C. de oblig. et act. (4. 10.) l. 2. C. de donationibus (8. 54.)

2) l. 43. l. 45. pr. D. mandati (17. 1.) l. 13. §. 12. l. 31. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 49. §. 2. D. de acq. vel am. poss. (41. 2.)

3) In den übrigen Fällen ist Cession nöthig: l. 39. D. de fidej. et mand. (46. 1.) l. 11. l. 14. C. de fidejussor. (8. 41.)

4) l. 2. Cod. de obl. et act. (4. 10.) l. 5. C. quando fiscus (4. 15.) l. 5. 7. 8. C. de her. vel act. vend. (4. 39.) l. 4. C. quae res pignori (8. 17.)

5) Mühlenbruch a. a. O. §. 43. 44.

6) l. 1. §. 13. D. de tutel. et rat. (27. 3.) l. 2. C. de contr. jud. tut. (5. 58.)

cessus ist bei der Cession gar nicht erforderlich [1]), denn er leidet dabei nicht. Wenn die Uebertragung, welche der klagende Cessionar behauptet, vom Schuldner geleugnet wird: so muß natürlich der Kläger den Beweis führen, welches häufig durch ein besonderes Cessionsdocument, d. i. einen glaubhaften Uebertragungsschein geschiehet. Besitzt der Kläger die Schuldverschreibung, ohne eine Cessionsurkunde für sich zu haben, oder die Uebertragung auf andre Art zu erweisen: so ist er zur Klage nicht legitimirt, sofern [2]) die Schuldverschreibung nicht auf jeden Inhaber lautet.

III. Wirkungen der Uebertragung.

A. Für den neuen Gläubiger.

§. 400.

Der übernehmende, neue Gläubiger (Cessionar) ist im Allgemeinen als procurator in rem suam zu betrachten. Denn das Wesen der Uebertragung besteht darin, daß der Uebernehmer befugt seyn soll, Namens des Cedenten, die Forderung geltend zu machen [3]). Daraus folgt: 1) Der Cessionar klagt entweder als procurator des Cedenten oder in seinem eigenen Namen, jenes mit der actio mandata, dieses mit der actio utilis [4]). Im Ganzen ist dabei kein Unterschied, denn er ist als procurator in rem suam nicht an die gewöhnlichen Beschränkungen anderer Procuratoren gebunden, sondern unter dieser Form kann

1) l. 3. C. de her. vel act. vend. (4. 39.) l. 1. C. de novat. et deleg. (8. 42.) l. 2. C. de donationibus (8. 54.)

2) Glück Comm. 16. §. 1022. S. 438 ff.

3) l. 8. C. de her. vel act. vend. (4. 39.) Donellus comm. l. 15. c. 44.

4) l. 18. C. de legat. (6. 37.) l. 5. C. quando fiscus vel pr. (4. 15.) l. 8. C. de her. vel act. vend. (4. 39.) Schweppe's Rechtsgeschichte §. 293. Die mandata fand nur bei Lebzeiten des Cedenten Statt. l. 1. C. de O. et A. Donellus l. c.

er im Wesentlichen als Selbstberechtigter handeln [1]). — 2) Der Cessionar erhält das Recht des Cedenten, mithin auch dessen Zubehören, als Bürgschaften, Pfandrechte [2]). Bei der Frage, ob der Uebernehmer auch Ansprüche auf die zur Zeit der Uebertragung rückständigen Zinsen habe, muß man diejenigen Zinsen, auf welche eine besondere Klage Statt findet, von den bloß accessorischen unterscheiden. Die letzteren müssen ihm allerdings zu Gute kommen, denn sie könnten sonst von Niemanden erlangt werden. Die erstern müssen dagegen nach den allgemeinen Regeln über die Früchte beurtheilt werden. — 3) In seinen rechtlichen Verhältnissen zum Schuldner ist der Uebernehmer ganz wie der Uebertragende zu beurtheilen [3]). Er bekommt also auch die mit der übertragenen Forderung verknüpften Privilegien oder besondern Rechtsvorzüge [4]). Die persönlichen Privilegien des Cedenten werden ihm ebenfalls in einigen Stellen des Röm. Rechts [5]) ab-, in andern zugesprochen. Es giebt keine annehmbarere Vereinigung dieser Stellen, als folgende [6]): Hatte

1) l. 13. pr. §. 1. D. de pactis (2. 14.) l. 25. l. 34. D. de procur. et def. (3. 3.) l. 17. §. 3. l. 18. pr. D. de jurejur. sive vol. etc. (12. 2.)

2) l. 6. l. 23. pr. D. de her. vel act. vend. (18. 4.) l. 6. 7. C. de oblig. et act. (4. 10.)

3) l. 177. pr. D. de R. J. l. 5. C. de her. vel act. vend. (4. 39.)

4) l. 68. D. de R. J.

5) Vergl. l. 68. D. cit. l. 42. D. de adm. et per. tut. (26. 7.) mit l. 43. D. de usuris et fruct. (22. 1.) l. 5. C. de her. vel act. vend. (4. 39.)

6) Man hat gemeint, zwischen actio mandata und utilis unterscheiden zu müssen, von denen jene die persönlichen Privilegien gäbe, diese nicht. Dieser Annahme widerspricht l. 42. D. cit. „in rem suam procurator datus, privilegium pupilli non habebit.“ — Noch Andere glauben, bloß der cedirende fiscus habe seine Privilegien übertragen, allein l. 5. C. cit. ist nicht vom Fiscus zu erklären. — Zu unserer Erklärung paßt sogar l. 68. D. cit., da deficiente ea heißt: „sobald die privilegirte Person keinen Vortheil oder Nachtheil mehr bei dem Ausgange der cedirten Obligation hat.“ Vergl. Pufendorf observ. I. 214. Mühlenbruch a. a. O. §. 56.

der Cessionar freiwillig dem Cedenten bezahlt, so hat er auch Ansprüche auf die persönlichen Privilegien desselben; hatte er die Forderung aber umsonst erhalten oder sie gezwungen angenommen: so entgehen ihm die persönlichen Rechtsvorzüge. Dieß liegt theils in der Natur des Geschäftes, denn der Cedent wird, wenn er seine persönlichen Vorzüge mit abtreten kann und abtritt, um so leichter einen Cessionar finden, welcher ihm die Forderung bezahlt; theils passen dazu alle Stellen des Röm. Rechts. — 4) Da der Schuldner, welcher die Cession nicht hindern kann, unter derselben nicht leiden darf: so ist im Allgemeinen die Frage, ob der Cessionar sich wohl seiner eigenen persönlichen Privilegien gegen jenen bedienen dürfe, leicht zu entscheiden. Er darf dieß nicht [1]), und der Fiscus macht im Röm. Rechte [2]) dabei bloß eine einzelne Ausnahme mit seinen 6 procentigen Zinsen. Gegen den Cedenten hat der neue Gläubiger bloß den Anspruch auf die Existenz der Forderung (nomen verum esse), nicht auf deren Güte, falls er diesen Werth der Forderung dem Cessionar nicht arglistig vorspiegelte [3]).

B. Für den Schuldner.

§. 401.

Zunächst ist der Schuldner noch bloß an den alten Gläubiger gebunden, wird von ihm verklagt, zahlt ihm [4]), kann sich selbst noch, falls er von der Cession nichts weiß und also einen neuen Gläubiger noch nicht kennt, gegen diesen neuen Gläubiger Einreden [5]) bei dem vorigen er-

1) l. 5. C. cit.

2) l. 17. §. 6. D. de usuris (22. 1.)

3) l. 4. 5. D. de her. vel act. vend. (18. 4.) l. 74. §. 3. D. de evict. (21. 2.)

4) l. 3. C. mand. (4. 35.) l. 17. D. de transact. (2. 15.)

5) Daß der alte Gläubiger zu einem Ersatze gegen den neuen

werden; behält auch alle seine vorherigen, gegen den Cedenten Statt findenden, Einreden im Allgemeinen jetzt gegen den Cessionar. Eine Einrede der an den Cedenten schon geleisteten Zahlung ist nur dann für den Schuldner wirksam, wenn die Zahlung vor einer ihm gemachten Anzeige der Cession oder ehe der Cessionar gegen den debitor cessus geklagt hat, geschehen war. Denn von einer solchen Anzeige an kann er an den Cedenten nicht mehr gültig zahlen [1]. — Hiernach ist auch eine Einrede der Compensation zu beurtheilen, welche der Schuldner dem neuen Gläubiger deßwegen entgegensetzt, weil sie gegen den vorigen Gläubiger allerdings nun rechtlich erwachsen wäre. War die Gegenforderung im Augenblicke der dem Schuldner geschehenen Anzeige der Cession noch nicht fällig: so braucht sich der Cessionar diese Einrede der Compensation nicht gefallen zu lassen. — Bei den Einreden, welche der Schuldner aus der ursprünglichen Ungültigkeit der Forderung herleitet und dem Cessionar entgegensetzt, schadet die exceptio eines dolus des Cedenten, der durch diesen dolus die Forderung erworben, oder der eine nicht onerose Cession vorgenommen hatte, auch dem Cessionar [2]), sonst aber nicht. — Die Einrede des Competenzbenefizes, welches dem Schuldner gegen den Cedenten zugestanden hätte, ihm auch gegen den Cessionar einzuräumen, giebt es keinen Grund. — Daß der Schuldner nach der Cession sich der besondern Einreden gegen den Cessionar, welche er gegen den Cedenten gar nicht gehabt haben würde, bedienen kann, folgt aus den

verbunden seyn kann, versteht sich, gehört aber nicht hierher. l. 23. §. 1. D. de her. vel act. vend. (18. 4.) 2. c. 50. l. 4. C. quae res pignori (8. 17.) Ueber die Einrede der Verjährung s. l. 70. §. 2. D. ad Sctum Trebell. (36. 1.)

1) l. 3. C. de novat. (8. 42.) l. 17. Dig. de transact. (2. 15.) Kind quaest. for. T.

2) l. 4. §. 17. 28. 29. 31. de dol. exc. (44. 4.)

Verhältnissen zwischen Kläger und Beklagten überhaupt. — Endlich versteht sich von selbst, daß der Schuldner die Unwirksamkeit der Cession selbst (sie mag Mangel haben, wie sie wolle) dem Cessionar excipiren kann [1]). — Da die bloße Ueberlieferung der Schulddocumente an den neuen Gläubiger die Cession noch nicht beweiset (s. §. 399. am Ende): so ist der Schuldner dadurch auch noch nicht an den neuen Gläubiger gebunden, — welches Einfluß auf den Gebrauch von Einreden haben kann.

IV. Lex Anastasiana.

§. 402.

Damit nicht zum Schaden eines Betheiligten auf fremde Schulden speculirt, namentlich dadurch der Debitor nicht gedrückt werde, hat Anastasius zuerst befohlen und Justinianus nachher vervollständiget, daß der Cessionar einer Forderung (er mag diese ganz gekauft, oder theils gekauft theils geschenkt erhalten haben) von dem übernommenen Schuldner nicht mehr einklagen könne, als er selbst wirklich für die Forderung gegeben hat, unter Zurechnung der von dem zum Erwerbe aufgewandten Gelde erlaubter Weise zu berechnenden Zinsen [2]), und daß der übrige (unbezahlte) Theil der cedirten Forderung zum Besten des Schuldners ganz erlöschen solle. Wenn der Schuldner, beklagt, die Zahlung des ganzen Obligationswerthes leugnet: so muß der Cessionar diese Zahlung beweisen [3]) und zwar durch ordentliche Beweismittel, zu denen hierbei die bloße An-

1) Vgl. übrigens Mühlenbruch a. a. O. §. 59—62.

2) Mühlenbruch a. a. O. §. 63. l. 22. l. 23. §. 1. C. mand. (4. 35.)

3) l. 23. §. 2. C. mand. (4. 35.) v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. 4. N. 40. Glück Pand. Comm. 16, §. 1024. A. M. ist Weber v. Beweisf. VI. Nr. 29. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 577.

gabe des Cedenten nicht gezählt werden kann. — Dieses sonderbare Gesetz wird durch Umstände nicht aufgehoben, sondern fällt bloß in folgenden bestimmten [1]) Fällen hinweg: 1) wenn eine gemeinschaftliche Forderung in Folge einer Vermögenstheilung von Legataren und Miterben einem unter ihnen abgetreten; 2) wenn eine Forderung zur Tilgung einer Schuld cedirt; 3) wenn bei der Cession die Schützung eines Besitzes bezweckt wird (z. B. [2]) ein rechtlich nachstehender Pfandgläubiger läßt sich, um gegen den bevorzugteren im Besitz des Pfandes geschützt zu seyn, das Pfandrecht des Letztern für Geld abtreten). — Die Verschenkung einer **ganzen** Forderung ist den Wirkungen der **Lex Anastasiana** nicht unterworfen; sondern nur die Verschenkung eines Theils des Anspruchs [3]).

V. Nothwendige Uebertragung der Forderung.

§. 403.

Das Röm. Recht kennt, außer der freiwilligen Uebertragung von Forderungen, noch eine nothwendige. Zwar kann derjenige, welcher, ohne dazu genöthiget zu seyn, eine fremde Schuld bezahlt, eine Cession der Forderungsrechte auf Seiten des Gläubigers gegen den Schuldner nicht [4]) verlangen. Aber wer eine fremde Schuld zu bezahlen rechtlich verbunden ist, hat die Rechtswohlthat, daß er die Cession der betreffenden Klage vom Gläubiger fordern kann, das **beneficium cedendarum actionum** [5]),

1) l. 22. Cod. cit.
2) Thibaut Pand. Syst. §. 80. Note l.
3) l. 23. pr. C. cit.
4) l. 5. C. de solut. (8. 43.)
5) l. 95. §. 10. D. de solut. (46. 3.) l. 6. fin. C. arb. tutel. (5. 51.) l. 19. D. qui pot. in pig. (20. 4.) l. 47. D. locat. conduct. (19. 2.) l. 11. 21. C. de fidejuss. (8. 41.) Pufendorf Obs. 4, 62. §. 2 — 5. Mühlenbruch a. a. O. §. 35 — 45.

damit er gegen den Hauptschuldner auf Erstattung der ganzen Leistung, gegen die Mitverpflichteten, z. B. Mitbürgen, aber auf den verhältnißmäßigen Theil klagen könne. Auch derjenige kann Abtretung der Klage vom Gläubiger fordern, der ihn wegen Verlustes von Sachen hat entschädigen müssen und welcher mit der abzutretenden Klage diese Sachen selbst oder deren Ersatz wieder zu erhalten hofft. — Uebrigens muß die Cession entweder zur Bedingung der Zahlung gemacht werden, oder sie muß vor der wirklichen Leistung geschehen; denn sonst hat der einmal befriedigte Gläubiger das Recht nicht mehr, da es durch die seinerseits empfangene Leistung erloschen ist [1]); mithin kann er es dann auch nicht mehr cediren. — Sollte der Gläubiger durch eigenes Verschulden bewirkt haben, daß er dem Beklagten eine Klagecession mit Erfolg nicht mehr machen kann [2]), z. B. weil er gegen denjenigen, gegen welchen die Klage sonst noch cedirt werden könnte, sein Klagerecht durch einen eigenen Fehler schon verloren hat: so kann er auch von dem jetzt Beklagten Zahlung nicht verlangen. — Manchmal hat der Beklagte (z. B. deßwegen, um der Schnelligkeit der Befriedigung des Gläubigers Alles aus dem Wege zu räumen) im Voraus auf die Wohlthat der Klageabtretung Verzicht geleistet; dann braucht der Gläubiger das Klagerecht weder zu conserviren, noch abzutreten. Allein die Praxis [3]) nimmt nach einem folgewidrigen Grunde der Billigkeit an, daß eine solche Abtretung der unter diesen Umständen bezahlende Schuldner dennoch fordern könne, falls dieß Klagerecht erhalten sey, und dem Gläubiger fernerhin nichts daran liege, ob er es dem zahlenden

1) l. 76. D. de solut. (46. 3.) Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 109.

2) l. 95. §. 11. D. eodem.

3) Pufendorf Obs. I, 61.

Schuldner abtrete oder nicht. — In einzelnen Fällen [1]) räumt das Röm. Recht dem Zahlenden, wenngleich er vor oder bei der Befriedigung sich vom Gläubiger die Klage nicht hat abtreten lassen, eine actio utilis gegen diejenigen ein, gegen welche die Klage des Gläubigers ebenfalls hätte gerichtet werden können (z. B. der beklagte Tutor gegen seine Contutoren); wobei die actio utilis die Natur der nicht cedirten Hauptklage annehmen muß. — Cession der Klage gegen verpflichtete Dritte ist endlich das Einzige [2]), was ein Gläubiger von demjenigen Schuldner verlangen kann, welcher, schuldlos, den eigentlichen Gegenstand seiner Verbindlichkeit zu leisten nicht im Stande sich befindet, aber ein Klagerecht gegen verpflichtete Dritte besitzt, gegen welche nun der Gläubiger seine Ansprüche verfolgen mag. Nach allgemeinen Grundsätzen fallen übrigens bei allen nothwendigen Cessionen die Beschränkungen, welche in der Person des Cessionars ihren Grund haben, und die der lex Anastasiana deßwegen weg, weil die Nothwendigkeit der Veränderung der Person des Gläubigers als ein Zufall zu betrachten ist, dessen Folgen sich alle Betheiligte gefallen lassen müssen.

Fünfter Abschnitt.

Von den Klagen aus der Obligation.

I. Im Allgemeinen.

§. 404.

Aus der Obligation entspringt die actio [3]) im eigentlichen, d. i. in der Geschichte des Röm. Rechts begründeten

1) l. 1. §. 13. 18. D. de tut. (19. 1.) l. 2. D. depositi (16. 3.) et rat. distr. (27. 3.)

2) l. 31. pr. D. de A. E. V. *Actio* nihil aliud est, quam jus

3) pr. I. de act. (4. 6.)

Sinne, oder actio in personam. Ueber die Bedeutung von condictio und condictitia actio, welche ebenfalls das Rechtsmittel gegen eine Person, und aus persönlichen Verbindlichkeiten entsprungen, bezeichnet, muß man die [1]) Rechtsgeschichte befragen. War condictio auch vielleicht kein ganz beschränkter Kunstausdruck, so hießen von den einzelnen Klagen doch nur wenige so, und zwar niemals Klagen aus zweiseitigen Geschäften. — Soweit unsere Quellen reichen, müssen wir alle Obligationsklagen eintheilen in actio oder condictio si certum petitur, d. i. die Klage des strengen ältern Röm. Rechts auf eine certa pecunia, genau bestimmte Summe baaren Geldes, — und in condictio triticaria, d. i. [2]) Quantitätsklage jeder andern Art; wobei also der letztere Ausdruck, von einer speciellen Veranlassung hergenommen, im Systeme bloß das zweite ausfüllende Glied neben der strengen actio und ihr gegenüber bildet. Diese Benennungen kommen so allgemein bei den unsystematischen Römern wenig vor; vielmehr bedient man sich fast bei jeder Klage bestimmter auf das jedesmal vorliegende Geschäft beschränkter Einzelnamen. — Bei diesen Klagen wird der Gläubiger zum actor, Kläger; der Schuldner zum Beklagten (reus). Da die Klage auf persönliche Verbindlichkeit gehet, so kann der Beklagte niemals einwenden, daß er Eigenthümer der verlangten Sache sey; denn dieser Umstand macht ihn nicht frei von der Leistungsverbindlichkeit. Daher kann auch (nach Verlauf der gesetzlichen Zeit) die Verjährung,

persequendi in judicio, quod sibi debetur. — §. 1. I. eodem. — §. 15. I. eod. — Donelli comm. 23, 2. — Marani Paratit. ad P. 12, 1.

1) Hugo's RG. 10te Aufl. S. 277. Schweppe's RGesch. §. 293. l. 13. §. 1. D. depositi (16. 3.)

2) l. 1. pr. Dig. de condict. tritic. (13. 3.) Schweppe's Rechtsgesch. a. a. O.

sogenannte Extinctivverjährung, — aber nie die Ersitzung des Eigenthums, sogenannte Acquisitivverjährung, dem klagenden Gläubiger als Einrede [1]) eingewandt werden. — Existirt die Obligation einmal: so ist deren Fortdauer, falls ihre besondere Entstehungsart nicht eine Zeitgrenze anzunehmen gebietet, so lange anzunehmen, bis der Verpflichtete nachweiset, die Obligation existire nicht mehr. Dieß hat einen folgerechten Einfluß auf die Klage aus der Obligation, so daß bei ihr der Kläger bloß den Ursprung seines Klagerechts nachzuweisen braucht; dasselbe aber dann so lange als existent angenommen wird, bis der Beklagte dessen Erlöschen beweiset. — Der Kläger, welcher die Leistung einer Sache verlangt, welche schon sein Eigenthum ist, kann nicht mit der persönlichen Klage verlangen, daß sie ihm nochmals zum Eigenthum gegeben werde (dari oportere, im eigentlichen Sinne von dari); jedoch wird dieß im Röm. Rechte ausnahmsweise dem Kläger zugestanden, wenn sein Gegner aus einem [2]) Delicte besitzt.

Uebrigens kann Jemand, der eine Sache auch aus obligatorischen Verhältnissen fordern kann, die schon sein Eigenthum ist, zu seinem Zwecke eben so gut die Eigenthumsklage wählen, was in dem Falle, wenn Niemand außer ihm eine Eigenthumsklage anstellt, des Beweises wegen vortheilhaft seyn kann. Wenn aber ein Geschäft, durch welches regelmäßig Eigenthum übertragen wird, in einem einzelnen Falle Eigenthum deßwegen nicht übertragen hat, weil der übertragen-wollende die Fähigkeit nicht besaß, es zu übertragen (z. B. der Unmündige): so ist [3]) ohne-

1) l. 15. §. 1. D. de condict. indeb. (12. 6.) — l. 7. C. de H. P. (3. 31.) Donelli Comm. 15, 39. l. 1. §. 1. l. 2. D. de condict. tritic. (13. 3.) l. 25. Dig. per amot. (25. 2.)

2) §. 14. I. de act. (4. 6.)

3) §. 2. J. quib. alien. lic.

hin das Geschäft selbst als nichtig anzusehen und deßwegen kann auf keinen Fall aus diesem Geschäfte geklagt werden, sondern es ist die Vindication der Sache dem Rückfordernden vorgeschrieben, wenn die Sache noch vorhanden ist.

II. Einzelne Klagen.

§. 405.

Ausgezeichnet unter den aus obligatorischen Verhältnissen entspringenden Klagen sind die actiones in rem aus Forderungen, die adjectiones, die condictio ex lege und die actiones in factum.

Manche Klagen aus Forderungen [1]) sind, obwohl lediglich aus persönlicher Verbindlichkeit entspringend, also nicht etwa dinglichen Ansprüchen [2]) zu vergleichen, — dadurch ausgezeichnet, daß sie nicht bloß gegen einen einzelnen Verpflichteten gehen, sondern, falls der Besitz einer Sache, auf welche diese Forderungen zunächst gerichtet sind, sich ändert, den Besitzer der Sache [3]) verfolgen oder denjenigen, welcher rechtlich als Besitzer haftet (in rem scriptae actiones, z. B. Klage auf Restitution einer aus Furcht oder Zwang verkauften Sache). Den Besitzer schützt gegen eine solche actio in rem scripta die Einwendung der praescriptio von 10 oder 20 Jahren [4]), aber nicht die der Ersitzung überhaupt, denn die actio in rem aus der Forderung ist mehr dem Rechte an einer fremden Sache, als dem wahren Eigenthume zu vergleichen.

(2. 8.) l. 29. D. de cond. indeb. (12. 6.)

1) l. 9. §. 8. D. quod metus caus. (4. 2.) Maranus ad §. 20. I. de action.

2) §. 31. I. de act. (4. 6.)

3) l. 1. §. 12. D. si quadrupes (9. 1.) l. 24. D. de noxal. act. (9. 4.)

4) l. 3. C. de his quae vi metuve (2. 20.)

— 2) Die adjectiones (actiones adjectitiä qualitatis) sind bloß Beifügungen zu einer andern Hauptklage, welcher sie unter [1]) besondern Umständen eine Erweiterung und Veränderung geben. Sie werden regelmäßig nach dem Hauptgeschäfte benannt, durch welches sie jedesmal bedingt sind und welchem man die adjectio hinzufügen mag, oder den Grund, warum unter den jedesmal vorliegenden besondern Umständen aus dem Hauptgeschäft auch ein Dritter belangt werden kann welcher sonst keineswegs haften würde. — 3) Die condictio ex lege ist eine persönliche Klage, welche eintritt, so oft nach schon ausgebildetem Systeme der Römischen Klagen spätere Gesetze eine neue Obligation eingeführt haben [2]), ohne dieser eine von den schon vorher bestehenden Klagen als Verfolgungsmittel anzuweisen, z. B. eine klagbare Obligation aus der Schenkung, die vor Justinian nicht klagbar war. Man nennt dann die condictio ex lege in jedem Falle nach der einzelnen Gesetzesbestimmung, auf welche sie gegründet sind. — Auch die Klagen [3]) ex Senatus consulto, oder ex constitutione Principis sind mit darunter begriffen, und, wegen der spätern von den Gesetzgebern oder der Doctrin anerkannten Rechtsquellen, ebenfalls die condictio ex canone, ex statuto, ex moribus, je nachdem canonisches Recht, Particulargesetze oder gültige Gewohnheit die Klage begründet. Die Neuern nennen sogar jede ohne Namen in irgend einer Stelle des corpus juris vorkommende Klage eine condictio ex lege, wobei sie die betreffende Stelle zu citiren

1) l. 7. §. 4. l. 19. D. de in rem verso (15. 3.) l. 3. §. 7. D. de peculio (15. 1.)

2) l. un. D. de cond. ex l. (13. 2.) l. 28. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5.) v. Glück's Pand. 13, §. 842.

3) §. 24 25. I. de action. l. 12. §. 1. C. de H. P. (3. 31.) l. 22. §. 6. C. de jure del. (6. 30.)

pflegen. — 4) Die actiones in factum bedeuten Klagen, welche im Römischen Rechte keine bestimmte Formel der Klaganstellung hatten [1]), sondern in denen man die Formel nach Beschaffenheit des einzelnen Falles einrichtete. Man zählt dahin alle diejenigen prätorischen Klagen, besonders auf Schadensersatz, denen es an einer bestimmt lautenden Formel fehlte; auch Klagen aus Verträgen und Rechtsgeschäfte, ohne besondere Kunstnamen (bei denen allein actio in factum mit actio praescriptis verbis gleichbedeutend ist) [2]); endlich auch Klagen, von dem Gerichtsgebrauche oder den späteren kaiserlichen Rescripten festgesetzt.

III. Einfluß des judicium acceptum.

§. 405. a.

Der Ausdruck judicium acceptum ist ein wichtiger Kunstausdruck in unsern Quellen; er bedeutet die förmliche [3]) Einlassung des Beklagten auf die Klage vor Gericht. Die Folge davon ist, daß von nun an der Beklagte, falls er verurtheilt werden sollte, zum Ersatze alles dessen verurtheilt wird, was dem Kläger dadurch entgehet, daß er zur Zeit der Einlassung nicht im Genusse seines geklagten Rechts war (praestatio omnis causae). Das Röm. Recht redet davon nur in Bezug auf actiones stricti juris, und unterscheidet nicht, ob der Beklagte mala oder bona fide streitet. Durch die förmliche Einlassung geht auf den Beklagten, sofern dessen Verurthei-

1) l. 1. 2. 3. 11. D. de praescr. verb. (19. 5.) — Oft grenzt der Begriff der actio in factum nahe an actio utilis und es kam offenbar oft nur auf den Sprachgebrauch der Römer an, welcher Name eingeführt war.

2) l. 1. §. 2. l. 2. l. 13. fin. l. 22. l. 24. fin. D. de praescr. verb. (19. 5.)

3) Schweppe Rechtsgesch. §. 566.

lung folgt, nicht nur die Gefahr [1]) des Zufalles, sondern auch die Verpflichtung [2]) zum Ersatze der Früchte über; wegen welcher Analogie es dem Sinne der action. stricti juris nicht widerspricht [3]), dieß auf Zinsen auszudehnen; man mindestens dem Kläger dabei nachlassen sollte, zu beweisen, daß er Zinsen habe ziehen können, wenn er zur Zeit des judicii accepti im Besitz des Geklagten gewesen wäre, und ihm danach den Ersatz des mangelnden Vortheils zusprechen. Bei allen Klagen hat übrigens die förmliche Einlassung des Beklagten den Erfolg, daß sie ihn in Verzug setzt.

Sechster Abschnitt.

Von der Rangordnung mehrerer Forderungen.

I. Allgemeine Grundsätze.

§. 406.

Ist einer von mehreren Gläubigern eines Schuldners befriedigt, so giebt der Befriedigte nichts zurück [4]), wenngleich die berichtigte Forderung rechtlich schlechter (im Range geringer) war, als die unberichtigt gebliebenen Forderungen. Dieß gilt auch, wenn Jemand vor Ausbruch des

1) l. 12. §. 3. D. depos. (16. 3.)

2) l. 38. §. 7. D. de usuris (22. 1.)

3) Schweppe war dieser Meinung nicht s. Thl. 1. §. 162 a. S. 364. — Vgl. auch oben §. 380.

4) l. 10. D. de peculio (15. 1.) l. 6. §. 6. 7. D. quae in fraudem cred. (42. 8.) l. 15. C. de R. V. (3. 32.) l. 6. C. de hered. vend. (4. 39.) Wird eine Sache an zwei Verschiedene vermiethet und nur dem Einen eingeräumt: so kann der Andere gegen diesen befriedigten Miether nicht klagen, und der Vermiether kann diesem die Sache nicht wieder nehmen; es giebt für beides gar kein Klagerecht. —

Concurses befriediget wird [1]); er behält das Empfangene auch wenn er im Concurse Andern nachgestanden hätte. Nur in dem Falle nützt dem Befriedigten die schon erhaltene Leistung nicht [2]), wenn er Legatar des Erblassers ist und mit dessen Gläubigern zusammenstößt; dann muß der Legatar das Empfangene an jene herausgeben. — Wenn keiner der collidirenden Gläubiger eine Befriedigung erhalten hat, so geht derjenige vor, dessen Forderung als solche (d. i. es ist hierbei nicht die Rede von dinglicher Sicherung des Anspruchs) einen Vorrang hat, welcher bewirkt, daß sie nicht bevorzugten Forderungen vorgehet (s. §. 407. ff.).

Findet sich ein solches Vorzugsrecht der Forderungen nicht: so werden die collidirenden Gläubiger eines noch zahlungsfähigen Schuldners sämmtlich befriediget werden; nur wird bloß der eine die zu leistende Sache selbst, die andern eine Entschädigung erhalten. Es ist dabei [3]) keinem Zweifel unterworfen, daß wer zuerst den Anspruch machen konnte, oder (wenn dieß wieder gleichzeitig wäre) wer zuerst die Klage angestellt hat, die Sache selbst bekommt, während die Uebrigen für dieselbe eine Entschädigung erhalten. Ganz anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn der Schuldner nicht Alle befriedigen kann. Es entsteht dann Concurs und es gilt seitdem unter denjenigen Gläubigern, welche im Range keinen Unterschied haben, kein Vorzug [4]) der Zeit, sondern alle diese werden durch verhältnißmäßige Theilung (pro rata) befriediget. Auch hat dann der Gläu-

1) l. 24. fin. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

2) l. 17. D. de mortis caus. don. (39. 6.) l. 22. §. 5. C. de jure delib. (6. 30.)

3) l. 26. D. locati conduct. (19. 2.) l. 33. fin. D. de legat. I. (30.)

4) l. 32. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

biger eines Einzeldinges keinen Vorzug [1]) vor dem Gläubiger einer Quantität; ferner braucht außer dem Legatar (s. diesen §. oben), kein schenkweise Erwerbender den für eine Gegenleistung (titulo oneroso) Erwerbenden nachzustehen, weil es dazu keinen gesetzlichen Grund giebt. Unrichtig ist auch die Behauptung, der Fiscus müsse mit seiner Forderung auf Strafgelder allen übrigen Gläubigern, welche mit ihm concurriren, den Vorrang einräumen [2]). — Unter mehreren Ansprüchen auf persönliche Dienstleistungen (operae) [3]) entscheidet das Alter des Anspruchs, wovon man mit Unrecht auf Sachenmiethe und Kauf einen Schluß machen will.

II. Privilegirte Gläubiger.

§. 407.

Der Vorzug, welcher bei Forderungen als solchen Statt finden kann, heißt im Römischen Rechte privilegium exigendi oder privilegium schlichtweg [4]). Er erstreckt sich über das ganze Vermögen des Schuldners und ist daher selbst solchen Gläubigern nützlich, welche in der Folge ein gesetzliches Specialpfandrecht [5]) erlangt haben,

1) l. 82. D. ad legem Falcid. (35. 2.)

2) Schweppe nahm an: erst ganz zuletzt folge der Fiscus mit „nicht bedungenen" Strafgeldern, und citirte dafür l. 17. D. de jure fisc. (49. 14.) und l. un. Cod. poen. fiscal. cred. praes. (10. 7.), von denen die letztere zu jener Annahme keineswegs veranlaßt, da sie von rem suam persequentibus redet; die erstere aber durch l. 37. D. de jure fisci (49. 14.) ausdrücklich erklärt wird, nur das privilegium exigendi des fiscus falle bei den Strafen weg.

3) l. 26. D. loc. cond. (19. 2.)

4) Lauterbach Diss. de privilegio creditor. personali simplici (Diss. academ. T. I. n. 59.) — B. H. Frister Diss. de privilegio creditor. personali. Goettingae 1804. — Brissonius voc. „exigere" Nr. 23., „privilegium" No. 2.

5) Frister l. c. §. 6.

falls sie aus demselben nicht voll oder gar nicht befriediget würden. Da die Gesetze dieß privilegium keineswegs auf die Hauptschuld beschränken: so erstreckt es sich auch auf die Nebenforderungen (Früchte, Zinsen ꝛc.). — Noch ist zu bemerken, daß wer dem Schuldner Geld zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers leihet, welcher damit dann wirklich befriediget wird [1]), ohne Weiteres in dieses Befriedigten Stelle tritt.

A. Angabe der einzelnen Privilegien.

§. 408.

Ein privilegium exigendi steht lediglich persönlich gewissen Gläubigern zu, während es in einigen andern Fällen dem obligatorischen Verhältnisse selbst, d. i. ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers, beigelegt worden ist. — Bloß persönlich ist das Privilegium: 1) für den Staat [2]) wegen aller Forderungen (mit Ausnahme der Strafgelder — s. §. 406. —), desgleichen für Stadtgüterverwaltungen [3]), und der Praxis nach für die Kirchen [4]); so wie für den Regenten, die Regentin und deren Kassen. Dieses Vorzugsrecht auf alle öffentlichen Institute auszudehnen, ist ohne Grund. — 2) Für die Ehefrau, die putative Ehefrau und die Braut [5]) wegen der Dotalforderungen; ein Privilegium, welches wegen der allgemeinen Hy-

1) l. 2. D. de cess. bon. (42. 3.) l. 24. §. 3. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

2) l. 10. D. de pactis. (2. 14.) l. 34. D. de reb. auct. jud. (42. 5.) l. 6. §. 1. D. de jure fisci (49. 14.) Frister l. c. §. 13.

3) l. 38. D. §. 1. de reb. auct. jud. (42. 5.) Frister l. c. §. 14.

4) Dabelow Concurs S. 638. 639.

5) l. 17. §. 1. l. 18. l. 19. pr. D. de reb. auct. jud. (42. 5.) l. 74. D. de jure dotium (23. 3.) l. un. C. de priv. dot. (7. 74.) Frister l. c. §. 15.

pothek für die Dos den ersten beiden unnütz geworden ist, aber für die Braut noch seinen Werth hat. — 3) Für persönlich Bevormundete, also Unmündige, Minderjährige, Blödsinnige, Verschwender, Kranke und Taubstumme wegen aller Forderungen, welche sie [1]) gegen ihre Vormünder (Tutoren oder Curatoren), oder gegen die Protutoren und selbst gegen diejenigen haben, welche sich aus Freundschaft der Geschäfte eines unmündigen Hülfsbedürftigen angenommen haben; aber nicht gegen die [2]) Obervormundschaftsbehörde. Dieß Privilegium haben Abwesende, Erbschafts- und Concursmassen gegen die Realcuratoren [3]) nicht. Die gegen Vormünder gestatteten allgemeinen Pfandrechte machen das privileg. exigendi insoweit jetzt unnütz. — Der Obligation anhängend (sogenanntes **Privilegium causä**) ist dieß Vorzugsrecht: 1) wenn Jemand Beerdigungskosten [4]) zu fordern hat, sofern er sich bei der von ihm besorgten Beerdigung innerhalb der Grenze des hergebrachten Anstandes gehalten hat, welcher nicht auf strenge Nothwendigkeit heruntergesetzt werden kann. Es ist aber gleichgültig, ob die Leichenkostenforderung gegen den Nachlaß des Beerdigten selbst Statt findet, oder gegen denjenigen, welcher die Beerdigung eines Dritten hätte besorgen lassen müssen. — 2) Jeder, wer zu Wiederaufbauung (nicht Reparatur!) eines [5]) Wohnhauses Geld hergeliehen,

1) l. 44. §. 1. D. de admin. tut. (26. 7.) l. 19. 20. 21. 22. pr. 23. D. de reb. auct. jud. (42. 5.) Frister l. c. §. 16. l. 25. D. de tutel. et rat. distr. (27. 3.)

2) l. 1. §. 14. D. de magistr. conv. (27. 8.)

3) l. 22. §. 1. de reb. auct. jud. (42. 5.)

4) l. 14. §. 3—5. l. 37. §. 1. l. 45. D. de relig. (11. 7.) l. 17. pr. D. de reb. auct. jud. (42. 5.) s. Frister §. 8. Schweppe's Concurs §. 67.

5) l. 25. D. de rebus credit. (12. 1.) l. 24. §. 1. D. de reb. auct. jud. (42. 5.) l. 1. D. de cessione bonor. (42. 3.) Frister l. c. §. 9. Schweppe's Concurs §. 77.

oder dazu, im Falle seines Miteigenthums an dem Hause, über den Betrag seines Antheils hinaus baare Verwendungen gemacht hat, genießt dieß Vorrecht. Der Bauherr muß um das Anlehn wissen [1]), aber die wirkliche Verwendung zu dem beabsichtigten Zwecke gehört nicht zu den Bedingungen des privilegii exigendi. — 3) Jeder, der zu Anschaffung oder Rüstung eines Schiffs (keiner andern Sache) Etwas vorlieh oder creditirte [2]), hat, wenn er als Pfandgläubiger nicht sollte befriediget werden, dieß Vorrecht. — 4) Stand es demjenigen zu, welcher bei einem Römischen [3]) Argentar unverzinslich Gelder deponirte, oder ihm lieh, sofern er nicht vindicirt; welches unsere Praxis auf alle Depositare anwendet. — 5) Endlich nimmt der abfindende Gläubiger immer das Recht des abgefundenen ein [4]).

B. Gegenseitiges Verhältniß.

§. 409.

Unter den im vorigen §. genannten Gläubigern findet (abgesehen von absoluten und hypothekarischen Vorrechten) folgende Regel über den unter ihnen geltenden Rang Statt: 1) Der Fiscus geht (mit Ausnahme der Strafgelder) allen [5]) übrigen privilegirten Gläubigern vor; 2) dann folgen diese übrigen ohne weitern Vorzug [6]) und theilen unter einander pro rata ihrer Forderung; jedoch 3) nimmt nach

1) S. Thibaut Pand. System. 7te Ausg. §. 1036. und Note 1 und 5. daselbst.

2) l. 26. l. 34. D. de reb. auct. jud. (42. 5.) Frister l. c. §. 11.

3) l. 24. §. 2. D. de reb. auct. jud. (42. 5.) l. 7. §. 2. 3. l. 8. D. depositi (16. 3.) Neustedel und Zimmern Untersuchung. Bd. 1. Nr. 2.

4) Vgl. Schweppe Conc. §. 78.

5) l. 34. D. de reb. auct. jud. (42. 5.)

6) l. 32. D. eodem.

ihnen der Creditor aus einem unverzinslichen Depositum oder Darlehn die [1]) letzte Stelle ein.

C. Erweiterung des Privilegiums durch den Gerichtsgebrauch.

§. 409. a.

Die Erweiterung des privilegii exigendi durch den Deutschen Gerichtsgebrauch [2]) vermehrt zum Theil die Zahl der bevorzugten Forderungen, zum Theil verstärkt sie den Vorzug selbst. Die Praxis legt nämlich das Privilegium außer den im §. 408. aufgeführten Fällen noch bei: 1) den Kosten der letzten Krankheit des Schuldners, an welcher er wirklich gestorben ist; 2) dem Gesindelohne (Lidlohne), welches den im Brode des Schuldners befindlichen Personen für ihre gemietheten Dienste gebührt und unbezahlt geblieben ist. Mehrere der privilegirten Forderungen ohne Hypothek (chirographarischen) werden selbst vor die hypothekarischen Forderungen im Concurse gestellt, und erhalten daher den Namen der absolut-privilegirten. Dieß sind: 1) die Forderung an Leichenkosten, aus der Beerdigung des Gemeinschuldners selbst; 2) die Kosten der letzten Krankheit desselben; 3) das noch unbezahlte Lidlohn; 4) die öffentlichen eigentlichen Abgaben an den Staat oder die Commune.

III. Separationsrecht der Gläubiger.

§. 409. b.

Einige Gläubiger haben den Vortheil [3]), in gewissen Verhältnissen die Absonderung desjenigen Vermögenstheils,

1) l. 24. §. 2. eod. vgl. Note 3. S. 85. Neustedel u. s. w.
2) Schweppe's System des Conc. der Gläub. §. 67.
3) Schweppe's Conc. der Gläub. §. 143.

aus welchem sie ihre Befriedigung verlangen dürfen, von einem andern Vermögenstheile begehren zu können. Wenn ein Gläubiger dieß sogar in dem Maße zu thun berechtiget ist, daß er eine einzelne Sache, selbst gegen Dritte, zu seiner Befriedigung verfolgen darf: so ist er richtiger Vindicant, als Separatist zu nennen (s. §. 680. 692. 699.). — Die Separation braucht weder der Schuldner, noch der Richter vorzunehmen, denn sie liegt nicht als Verbindlichkeit ob; sondern es ist ein Recht, dessen Verwirklichung der Separatist suchen muß. Sie giebt eigentlich nicht bloß den Vorzug vor den übrigen Gläubigern, welche nicht Separatisten sind; sondern sie setzt sogar außer Verbindung mit diesen, indem sie den Nichtseparatisten von dem zu separirenden Vermögen bloß dasjenige läßt, was übrig bleibt, wenn die Separatisten völlig befriedigt sind. — Verpfändungen des zu separirenden Vermögens, wenn sie überhaupt für die Separatisten verbindlich sind, müssen diese sich aber gefallen lassen (s. §. 849.). Die einzelnen Separationen s. unten §. 656. 658. 849.; im Allgemeinen werde hier nur noch angemerkt, daß Gläubiger, welche einem Handelsunternehmen creditirt haben, die Separation des Bestandes desselben von dem übrigen Vermögen des Unternehmers und von einem andern Handelsunternehmen begehren können [1]).

2) Schweppe Conc. §. 144.

II.

Entstehungsgründe der Obligationen.

§. 410.

Folgenreicher, als bei andern Rechten, ist bei den Obligationen die Entstehungsart, weil danach die Obligation selbst eine eigene Natur annimmt. — Die Römer, denen es auf eine philosophische Systematisirung der Rechtswissenschaft überhaupt nicht ankam, unterschieden anfangs als Entstehungsgründe des obligatorischen Verhältnisses nur Contracte und Delicte [1]), denen sie vielleicht schon sehr früh eine unbestimmte Ergänzungsklasse, (variae causarum figurae) hinzufügten [2]), wohin die Analoga der Contracte und Delicte (Quasicontracte und Quasidelicte genannt) auch gehören. Die Pandecten [3]) geben vier Quasicontracte an: negotia gesta, tutela, heres qui legatum debet und is, qui indebitum accipit, welchen die Institutionen Justinians [4]) noch zwei Analoga hinzufügen: res communis sine societate und coheres coheredi familiae herciscundae judicio obligatus. Quasidelicte werden vier in unsern Quellen genannt [5]): si judex litem suam fecerit (in seiner eigenen Sache spricht), dejectum effusumve, desgleichen positum aut suspensum und das im Schiffe oder Wirthshause begangene Delict Anderer, für welches der Schiffsführer oder Wirth haften muß. Auf die Fälle der Quasicontracte aber, welche in den Röm.

1) Gajus III. 88. — Vgl. zu diesem §. Weber von d. natürl. Verbindl. §. 5—22.

2) l. 1. pr. D. de O. et A. (44. 7.) l. 5. D. eod.

3) l. 5. pr. §. 1—3. D. de O. et A. (44. 7.)

4) tit. I. de oblig. quae qu. ex cont. (3. 28.)

5) tit. I. de oblig. quae qu. ex del. (4. 5.) l. 5. §. 4—6. D. de O. et A. (44. 7.)

Quellen angeführt sind, braucht man sich nicht zu beschränken. Sie sind auch keineswegs in ihren Folgen den wahren Contracten ganz gleichzustellen [1]) und diesen bei Weitem nicht so verwandt, wie die Quasidelicte den Delicten. Wie man die Entstehungsgründe der Obligationen systematisch ordnet, ist ziemlich gleichgültig, da dergleichen praktische Mannigfaltigkeit sich nie mit Schärfe classificiren läßt, am wenigsten wenn man, was doch methodische Vortheile gewährt, die in unsern Quellen befindliche historische Anordnung nicht ganz verlassen möchte. — Ohne wissenschaftlichen Werth ist die neuere Eintheilung der Entstehungsgründe der Obligationen in **dative** und **native** [2]), von denen jene die unmittelbaren, diese die mittelbaren bezeichnen sollen. Bei letztern unterscheidet man dann wieder erlaubte und unerlaubte Handlungen. — Zu bemerken ist, daß durch keine Art der Verjährung [3]) eine Obligation hervorgebracht wird, und zwar weder durch Ersitzung, noch durch Nichtgebrauch von Servituten, noch durch die Klagenverjährung, noch durch die unvordenkliche Verjährung.

1) pr. I. de obl. quae quasi ex contr. (3. 28.) — „quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur." — l. 1. pr. D. de O. et A. (44. 7.) —: „aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris."

2) Thibaut Pand. Syst. §. 131. — Weber a. a. O. §. 29 — 38.

3) l. 28. C. de pactis (2. 3.) l. 7. C. de usuris (4. 32.)

A.

Verträge.

I. Begriff.

§. 411.

Vertrag ist die Vereinigung [1]) mehrerer Willensmeinungen durch Versprechen einer Leistung von der einen und Acceptation (Annahme des Versprechens) von der andern Seite. Für diesen Begriff des acceptirten Versprechens über eine Leistung ist die in unsern Quellen befindliche Definition pactum est duorum consensus atque conventio nicht völlig genügend. Auch ein mit (unbestimmter) Concurrenz des andern Theils erklärter Wille des Einen, sich zu obligiren, ist noch kein Vertrag zu nennen. — Daß der Vertrag [2]) mehrseitig ist, hat wichtige Folgen. — Als Ort der Eingehung des Vertrags gilt zuerst derjenige, an welchem der Vertrag wirklich eingegangen ist; wenn aber ein andrer Ort zum Zwecke der Erfüllung des Vertrags unter den Verabredenden ausgemacht war: so wird dieser [3]) in Allem, was auf die Erfüllung Bezug hat, als Vertragsort betrachtet; wobei allerdings vorkommen kann, daß Jemand zu leisten verspricht an allen Orten, wo seine Person oder Güter zu treffen wären. — Ist unter Zerstreueten (d. i. die nicht an einem Orte zum Abschlusse zusammengekommen sind) contrahirt: so gilt als Vertragsort für jeden Versprechenden der Ort seines Aufenthalts.

1) l. 1. §. 2. 3. D. de pactis (2. 14.) l. 3. pr. D. 50. 12.

2) l. 99. pr. l. 110. §. 1. D. de Verb. O. (45. 1.)

3) l. 21. D. de O. et A. (44. 7.) Leyser spec. 73. medit. 3.

II. Eintheilung.

§. 412.

Durch Verträge können Obligationen gebildet, aber allerdings auch aufgehoben werden; jene Verträge nennt man obligatorische, diese liberatorische. Mancher Vertrag kann beides zugleich seyn, z. B. die Novation, der Vergleich. — Eine andere Theilung ist die der pacta in rem und in personam; wobei in rem bloß den allgemeinen Gegensatz von in personam bezeichnet und diejenigen Verträge bedeutet, welche sich der Wirkung [1]) nach nicht bloß auf die Person des Gläubigers oder Schuldners beschränken, sondern auch auf Erben und sonstige Theilnehmer sich erstrecken [2]). Für die pacta in rem gilt im Zweifel [3]) die Vermuthung, selbst wenn im Vertrage bestimmte Personen genannt sind, welche zunächst haften. — Einseitig kann ein Vertrag [4]) insofern nie seyn, als er stets ein zweiseitiges Handeln zu seiner Entstehung voraussetzt. Doch redet man in anderer Beziehung von einseitigen Verträgen, im Gegensatze der zweiseitigen; und erklärt dann am besten zweiseitige für solche, bei denen Leistung und Gegenleistung regelmäßig Statt findet, contractus onerosi, einseitige aber für solche, bei denen zum Begriffe des Vertrags der einer Gegenleistung nicht erforderlich ist, contractus gratuiti. Eine gleich zu Anfang dem andern Theile erlassene Gegenleistung [5]) macht den Vertrag einseitig, nicht aber eine spätere [6]) Erlassung.

1) l. 7. §. 8. l. 57. §. 1. D. de pactis (2. 14.)

2) l. 21. §. 5. l. 22. l. 25. §. 1. D. eodem.

3) l. 7. §. 8. l. 22. D. eodem.

4) Ueber den Begriff der einseitigen und mehrseitigen Verträge vgl. Höpfner Comm. über die Institut. §. 750. v. Glück, Pand. B. 4. §. 313.

5) l. 36. D. de contr. emt. vend. (18. 1.)

6) l. 5. D. loc. cond. (19. 2.)

Wenn die Gegenleistung gar kein Aequivalent für den Werth der Leistung heißen kann: so ist das Geschäft ebenfalls einseitig; was aber noch nicht dann eintritt, wenn die Gegenleistung, z. B. wegen freundschaftlicher Verhältnisse, verhältnißmäßig sehr gering bestimmt wird [1]). — Ein Honorar macht wesentlich einseitige Geschäfte nicht [2]) zweiseitig. Unter Honorar versteht man, was für operae liberales (künstlerische oder wissenschaftliche Leistungen) als eine Erkenntlichkeit gegeben wird, oder was sonst bloß als gelegentlicher Vortheil auf der einen, als dankbare Anerkennung auf der andern Seite zu betrachten ist. — Eine Gegenleistung, welche nach den Einheiten der Leistung sich richtet (ad mensuram), macht das Gegentheil von einer Gegenleistung im Ganzen [3]) (per aversionem) aus; bei letzterer ist der ganze Umfang der Leistung und Gegenleistung, ohne Rücksicht auf seine einzelnen Bestandtheile, als ein Ganzes zu betrachten. — Wenn eine Leistung oder Gegenleistung aus mehreren einzelnen, jedoch contractmäßig zusammengefaßten, Gegenständen bestehet, so braucht man einen davon nicht ohne [4]) die anderen anzunehmen; weil das Ganze als untheilbar gedacht wird. Ebenso wenn mehrere Contrahenten von einer Seite vorhanden sind: so braucht

1) l. 38. D. de contr. emt. vend. (18. 1.) vgl. l. 46. D. loc. cond. (19. 2.)

2) Trendelenburg de honorario. Kil. 1775. l. 2. §. 24. D. de vi bon. raptor. (47. 8.) — l. 6. pr. D. mandati (17. 1.) — l. 2. D. de proxen. (50. 14.) l. 1. pr. D. si mens. fals. mod. dix. (11. 6.) — l. 38. §. 1. D. loc. cond. (19. 2.)

3) l. 10. § 2. de leg. Rhod. (14. 2.) l. 36. D. loc. cond. (19. 2.) — Cujac. obs. lib. 8. cap. 15. — Brisson. de V. S. voc. *aversio.* — v. Glück Pand. B. 16. §. 981. Not. 51. — Ist die Leistung ad mensuram, so wird man dagegen auch theilweise, der geschehenen theilweisen Leistung gemäß, die Gegenleistung schuldig. l. 40. §. 2. D. de contr. emt. vend. (18. 1.)

4) l. 44. D. eodem. — l. 13. §. 8. D. de A. E. V. (19. 1.) — l. 33. §. 1. l. 38. §. 14. D. de aedil. ed. (21. 1.)

die andere Seite sich die Leistung oder Gegenleistung des einen der Contrahenten allein, ohne die der andern, nicht [1]) gefallen zu lassen, sondern kann vereinigte Erfüllung fordern. — Wenn ein regelmäßig zweiseitiger Vertrag von der einen Seite keine bestimmte Leistung (oder Gegenleistung) [2]) enthält (claudicans): so kann die andere Seite verlangen, daß jene sich sofort entscheide, was sie zu thun gesonnen sey.

Erstes Hauptstück.

Allgemeine Grundsätze über die Verträge.

Erster Abschnitt.

I. Von Eingehung der Verträge.

§. 413.

Die Regel ist: Jeder kann einen Vertrag eingehen. Ausnahme davon machen solche Personen, welche überhaupt keine Rechtsgeschäfte gültig eingehen können, also auch keine Verträge. Durch diese werden sie mithin weder verpflichtet noch berechtiget (s. §. 108.). Außerdem ist noch zu bemerken, was in folgenden drei Fällen rechtens ist. A) Bei Unmündigen. Sie können unter Vormundes Beistand Verträge eingehen [3]), durch welche sie dann ver-

1) l. 78. §. 2. D. de contr. emt. vend. (18. 1.) l. 31. §. 5. 7. 8. 10. D. de aedil. ed. (21. 1.) — l. 11. §. 1. l. 12. l. 13. pr. D. de in diem add. (18. 2.) l. 47. §. 1. D. de minor. (4. 4.)

2) l. 13. §. 27. 28. 29. D. de A. E. V. (19. 1.)

3) §. 9. 10. I. de inutilib. stipulation. (3. 20.) l. 43. D. de oblig. et action. (44. 7.) l. 1. C. de auctorit. praestand. (5. 59.) l. 1. C. de inutil. stipul. (8. 39.)

pflichtet sind; aber auch ohne jenen Beistand Andere verpflichten. Ein Unmündiger in väterlicher Gewalt kann nicht einmal unter Vaters Beistand sich gültig verbinden, sondern [1]) es muß ihm zu diesem Geschäfte ein besonderer Vormund (curator ad hoc) gesetzt werden. Als Mandatar aber kann ein Pupill gültig Verträge [2]) schließen, welche für den Mandanten verbindlich sind. — Das Versprechen eines Unmündigen, sofern er individuell zur Einsicht von der Verpflichtung hinreichenden Verstand hat, bringt eine Naturalobligation [3]) hervor; jedoch ist deren Gültigkeit auf die Fälle zu beschränken, erstens, daß sie in Rücksicht [4]) Dritter gilt, welche an dem Geschäfte Theil nahmen; zweitens, daß sie für den Pupillen nur [5]) dann gilt, wenn sie dem Pupillen selbst vortheilhaft ist [6]) z. B. bei einer Novation; drittens, wenn der Pupill sich aus dem Geschäfte reicher befinden sollte [7]) (in welchem Falle sogar geklagt werden kann aus der Naturalobligation). Auch ist der Gegner an den Contract gebunden, wenn man ihn von Seiten des Pupillen zu halten [8]) geneigt bleiben sollte. —

1) §. 10. fin. I. de inutilib. stipulat. (3. 20.) l. 141. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

2) l. 1. §. 4. D. de exercitor. act. (14. 1.) l. 7. §. 2. l. 8. D. de institor. act. (14. 3.)

3) l. 42. pr. D. de jurejurando. (12. 2.) l. 21. pr. D. ad leg. Falcidiam (35. 2.) l. 25. §. 1. D. quando dies leg. (36. 2.)

4) Gajus III. 119. 176. — §. 3. I. quib. mod. toll. oblig. (3. 30.) Averan. int. lib. 2. c. 14. Weber natürl. Verb. §. 71. Schweppe Rechtsgeschichte §. 297. l. 42. pr. D. de jurejurando (12. 2.) l. 21. pr. D. ad l. Fal. (35. 2.) l. 44. D. de solut. (46. 3.) — Merillii observ. lib. 7. c. 4. 5.

5) Also regelmäßig nicht einmal naturaliter l. 41. D. de condict. indeb. (12. 6.) — l. 59. D. de obl. et act. (44. 7.)

6) l. 1. §. 1. D. de novation. (46. 2.)

7) l. 13. §. 1. D. de condict. indeb. (12. 6.) l. 5. pr. §. 1. D. de auct. et cons. tut. (26. 8.) l. 4. §. 4. D. de doli m. et m. exc. (44. 4.) Darauf ist auch l. 64. pr. D. ad SC. Treb. (36. 1.) zu beziehen.

8) §. 9. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.) — l. 13. §. 29. D. de A. E. V. (19. 1.)

B) Bei Minderjährigen. Sie verpflichten den andern Contrahenten durch Verträge, und sie werden, falls sie ohne Vormund sind [1]), wie Großjährige verpflichtet; freilich können sie sich, im Falle der Verkürzung, in den vorigen Stand setzen lassen. Steht der Minderjährige unter Vormundschaft, so kann er Verträge bloß über seine Person [2]) gültig eingehen, und hat dann dagegen bloß das Mittel der Restitution beim Vorhandenseyn der Bedingungen desselben; aber Verträge über sein Vermögen [3]) sind ungültig. — Ueber die Naturalobligation gilt hier eben das, was oben beim Pupillen davon gesagt worden ist. — Haben Minderjährige einen Vertrag [4]) beschworen, so gilt er ganz, sollte er auch an sich völlig ungültig gewesen seyn. — Erlangte venia aetatis nimmt übrigens dem minor das Recht, wegen mangelnden Alters restituirt zu werden; ebenso der Eid nach der allgemeinen Praxis. — C) Bei gerichtlich erklärten Verschwendern. Sie können unbedingt über ihre Person gültig contrahiren; allein in Rücksicht ihres Vermögens ist jede nicht unter Vormunds Beistand [5]) von ihnen eingegangene Verpflichtung

1) l. 3. C. de in integrum rest. (2. 22.) l. 141. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) Auch wenn der minor noch filius familias ist. — Hat der minor zwar keinen Vormund, sollte aber einen haben: so kann er durchaus nicht für einen Bevormundeten gelten. Vgl. Analogie des prodigus. Unbewegliche Güter kann der minor nicht ohne Decret der Obrigkeit veräußern oder verpfänden. l. 3. C. de his qui veniam aetat. (2. 45.)

2) l. 101. D. de V. O. (45. 1.) S. Weber natürl. Verbindlichk. §. 71—73.

3) l. 3. C. de in int. rest. (2. 22.)

4) Auth. sacram. pub. (C. 2. 28.) Die Stelle nur auf Fälle zu beziehen, in denen die Verbindlichkeit ipso jure gültig ist, streitet gegen eine richtige Auslegung; sie ist auf die ipso jure ungültigen zu beziehen. S. Vinnius, sel. quaestion. Lib. 1. c. 15.

5) l. 10. pr. D. de curat. furios. (27. 10.) l. 6. D. de V. O. (45. 1.) l. 25. D. de fidejuss. (46. 1.) Cujac. ad l. 6. cit. Contii lect. subs. II., 3. Averanii int. II., 7. Bynkershoek obs. lib. 5. c. 20.

nichtig, wiewohl sie den andern Contrahenten [1]) verbinden. Irrig ist die Meinung [2]), daß zwischen einem Kranken und einem Arzte kein gültiger Vertrag geschlossen werden könnte. Durch Procuratoren kann man in der Regel sich eben so gültig verpflichten und berechtigen, als in eigener Person; sey es, daß der Procurator für ein einzelnes Geschäft oder eine Reihe von Geschäften speciell, oder daß er als Generalmandatar für alle Vermögensgeschäfte des Mandanten bestellt ist [3]). — Einige Verträge verlangen jedoch sehr ausgedehnte Vollmachten.

II. Von dem Inhalte der Verträge.

A. Erfordernisse in Rücksicht der Realität.

§. 414.

Jedem Vertrage muß die Möglichkeit einer vernünftigen Verwirklichung zum Grunde liegen. Fehlt diese Möglichkeit, so ist der Vertrag ungültig. Die Ungültigkeit solcher Art tritt ein: 1) bei Versprechen ohne ersichtlichen Verpflichteten [4]). 2) Bei Verträgen, deren Erfüllung gänzlich oder in wesentlichen Puncten der regellosen Willkür [5]) des Verpflichteten überlassen ist (die Zahlungster-

1) l. 3. D. de novat. (46. 2.)

2) l. 9. C. de profess. et med. (10. 52.) l. 3. D. de extraordin. cognit. (50. 13.). In der erstern Stelle kommt bloß ein doloser Vertrag vor; die zweite will nur, daß angestellte Stadtärzte von ihren Kranken, während der Krankheit, eine Belohnung sich nicht ausbedingen sollen. Leyser medit. sp. 189. med. 8—10.

3) l. 10. §. 2. l. 12. D. de pactis (2. 14.) l. 58. D. de procurat. (3. 3.)

4) Nov. 115. c. 6.

5) l. 7. pr. D. de contr. emt. vend. (18. 1.) l. 108. §. 1. D. de V. O. (45. 1.). Indessen erklärt das Röm. R. nur das si voluerit promissor für unzulässig l. 46. §. 3. D. eod., nicht das cum voluerit l. 46. §. 2. D. eod.; auch nicht das nisi noluerit l. 11. §. 5. D. de legat. III. (32.) Cujac. ad l. 17. D. de V. O.

mine zu bestimmen, kann seinem Gutbefinden aber, ohne Ungültigkeit des Vertrags, überlassen [1]) werden). Wenn dem Verpflichteten das arbitrium boni viri als Anhaltspunct bei der ihm überlassenen Bestimmung festgesetzt war: so gilt [2]) der Vertrag. Hat man die Erfüllung oder nähere Bestimmung des Vertrags von der reinen Willkür des Berechtigten oder eines Dritten abhängig gemacht, so ist er gültig [3]), aber durch die Erklärung des Bestimmenden bedingt. — 3) Unmöglich zu realisiren erscheinen auch Verträge [4]) ohne bestimmten Gegenstand; oder ohne Auswahl eines bestimmten Individuums aus einer Gattung von Sachen [5]), die wegen ihrer Verschiedenartigkeit keinen bestimmbaren Werth haben; oder ohne Angabe der Quantität, wenn die Verabredung Zahlsachen [6]) betrifft (d. i. solche, deren Stücke, Maße oder Gewichte gezählt werden müssen); oder bei Versprechen thatsächlicher Leistungen [7]) ohne Angabe des Orts und der Zeit der Leistung. Es ist jedoch denkbar, daß diese mangelhaften Verträge dennoch Gültigkeit erlangen, sofern nämlich der in ihnen ausgesprochene beigefügte Zweck [8]) die deutliche Bestimmung des Fehlenden an die Hand giebt, z. B. wenn dem Versprechen einer Dos die Zeit der Erfüllung fehlen sollte; oder sofern die mangelnde Bestimmung vertragsmäßig auf die

1) l. 46. §. 4. D. de fideic. libert. (40. 5.)

2) l. 75. pr. D. de legat. I. (30.) l. 11. §. 7. D. de legat. III. (32.)

3) l. 69. D. de cond. et dem. (35. 1.) l. 48. D. de V. O. (45. 1.)

4) Donell. comm. 15, 1. v. Glück Pand. B. 4, §. 303.

5) l. 115. pr. D. de V. O. (45. 1.) l. 71. pr. D. de legat. I. (30.) Vgl. l. 37. pr. D. eod. Donell. comm. 8, 19. Höpfner Comm. üb. d. Instit. §. 569. Not. 1.

6) l. 94. l. 115. pr. D. de V. O. (45. 1.) Vgl. l. 4. D. de vino, trit., oleo (33. 6.)

7) l. 115. pr. D. de V. O. (45. 1.)

8) l. 30. D. de legatis II. (31.)

Willkür des [1]) Berechtigten oder die eines [2]) Dritten oder das arbitrium boni viri [3]) des Verpflichteten gestellt ist.

B. Erfordernisse in Rücksicht der Subjecte.

§. 415.

Verträge können nach Ansicht der Römer [4]) nur den Contrahenten und ihren Erben Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringen. Daher haben sie keine Gültigkeit, wenn darin bestimmt ist, I) daß einem [5]) Dritten (einem Nichtcontrahenten) geleistet werden solle [6]). Ist die Verabredung nicht namentlich auf den Dritten gerichtet, so versteht sich von selbst, daß er daraus ein Recht nicht ansprechen kann, selbst wenn er Singularsuccessor [7]) in einer Sache wäre, in Beziehung auf welche zwischen seinem Vorgänger und einem andern Contrahenten ein Vertrag auf gewisse Leistungen des Letztern geschlossen worden ist. — Ist aber selbst der Dritte im Vertrage wirklich genannt, so daß die Leistung ihm geschehen solle: so ist ein solches Pact doch folgerecht [8]) ganz nichtig und bindet die Contrahenten nicht.

1) l. 77. D. pro socio (17. 2.) l. 24. pr. D. loc. cond. (19. 2.) l. 30. pr. D. de operis lib. (38. 1.)

2) l. 15. C. de contr. E. V. (4. 38.)

3) l. 3. C. de dotis prom. (5. 11.) l. 7. pr. D. de contr. emt. vend. (18. 1.)

4) Welches auch jetzt noch Rechtens ist. S. Mühlenbruch v. d. Cession. §. 10—14.

5) l. 38. §. 17. D. de V. O. (45. 1.) Donelli comm. XII, c. 16—18. Pufendorf Tom. 2. obs. 38. v. Glück, Pand. B. 4. §. 304.

6) Per liberam personam obligatio nulla acquiritur. §. 4. I. per quas person. cuiq. acquir. (2. 9.) l. 11. §. 6. D. de pignerat. actione (13. 7.) l. 11. D. de oblig. et act. (44. 7.) l. 1. C. per quas personas nob. acq. (4. 27.) — Die einzelnen Ausnahmen von dieser Lehre werden zum Theil erst weiter unten ausgeführt.

7) l. 17. §. 6. D. de pactis (2. 14.) l. 11. D. de servitut. (8. 1.) l. 136. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

8) §. 4. §. 19. I. de inutil. stip. (3. 20.) l. 11. D. de obl.

Sogar wenn ein Contrahent sich und einem Dritten Etwas von dem andern Contrahenten versprechen läßt: so gilt der Vertrag nur soweit er auf Leistungen zum Besten des Erstern [1]), nicht auch soweit er auf die zum Besten des Dritten gerichtet ist. — Dieß ist noch jetzt geltendes Recht, und was man dagegen anführt, sind singuläre Ausnahmen, welche nicht zur entgegengesetzten Regel genügen. — Außer den ihres Orts zu erläuternden Obligationen adjectitiä qualitatis sind solcher Ausnahmen für obligatorische Verträge (im Gegensatze der liberatorischen) folgende: A) Ausnahme solcher Fälle, in denen ein Vertrag dem Dritten zu Gute kommt, ohne namentlich auf ihn gerichtet zu seyn: Wenn nämlich ein Erbe oder der Besitzer einer fremden Erbschaft zu Gunsten einer Erbschaftsforderung ein constitutum macht oder eine Intercession vornehmen läßt: so nützt [2]) dieser Vertrag des Erben dem Fideicommissar und der des Besitzers einer fremden Erbschaft dem wahrem Erben. B) Ausnahme solcher Fälle, in denen ein Vertrag einem Dritten zu Gute kommt, sofern namentlich zu seinen Gunsten zugleich contrahirt ist: a) Wenn der Vater seiner Tochter oder der Großvater seiner Enkelin eine dos giebt: so kann er [3]) gültig festsetzen,

et act. (44. 7.) l. 73. §. 4. D. de R. J. (50. 17.) l. 6. fin. C. si quis alteri vel sibi (4. 50.) l. 19. C. de jur. dot. (5. 12.)

1) §. 4. I. de inutilib. stip. (3. 20.) von den Worten an: „quodsi quis sibi et alii" etc. l. 110. pr. D. de V. O. (45. 1.) — Schweppe Rechtsgeschichte §. 298.

2) l. 22. D. de pecunia constit. (13. 5.) l. 21. pr. D. de fidejussorib. et mand. (46. 1.); auf welche speciellen Fälle diese Ausnahme beschränkt ist. l. 17. §. 6. D. de pactis (2. 14.) l. 73. pr. D. ad SCtum Trebell. (36. 1.)

3) l. 45. D. solut. matrim. (24. 3.) l. 7. C. de pactis conv. t. s. d. (5. 14.) Doch läßt sich aus diesem Falle nicht überhaupt eine actio utilis ableiten, welche Jemandes Verwandten aus dessen Vertrage mit einem Dritten zustehe. Faber conj. jur. civ.

daß diese künftig der Ausgestatteten oder deren Kindern restituirt werde. b) Wer Etwas verschenkt mit der Bestimmung, der Beschenkte solle es in Zukunft einem Dritten herausgeben, verschafft dadurch diesem Letztern [1]) eine actio utilis; ein Satz, der jedoch keineswegs dahin auszudehnen ist, als habe jede Clausel einer Schenkung zu Gunsten eines Dritten gleiche Wirkung. c) Wenn Jemand seinem Erben Etwas versprechen läßt: so kann dieser zufolge Justinians Bestimmung [2]), durch welche der Streit des ältern Römischen Rechts aufgehoben worden, nach des Erblassers Tode gegen den Versprechenden klagen. d) Der Pfandgläubiger kann beim Verkauf des Pfandes dem Schuldner die [3]) Wiedereinlösung der zu verkaufenden Sache gültig bedingen. e) Wer eine Sache verleihet oder deponirt mit der Bestimmung, sie solle an den Eigenthümer herausgegeben werden, verschafft [4]) dadurch diesem eine persönliche Klage gegen den Aufbewahrer aus jenem Vertrage. C) Ausnahme solcher Fälle, in denen der zu Gunsten eines Dritten abgeschlossene Vertrag unter den Contrahenten selbst gilt, so daß der daraus Berechtigte gegen den Versprechenden auf die Erfüllung des Vertrages klagen kann: a) dieß tritt ein, sobald bei Stipulationen der Stipulant [5]) ein Interesse dabei hat, daß dem Dritten

lib. 1. c. 4. lib. 19. c. 17—19. Vgl. l 26. §. 4 D. de pactis dotal. (23. 4.) l. 26. C. de jur. dot. (5. 12.) l. 4. C. de pactis conv. (5. 14.)

1) l 3 C. de don. quae sub modo (8. 55.) l. 37 §. 3. fin. D. de legatis III. (32.)

2) l. un. C ut action. et ab her. incip. (4. 11.) l. 11. C. de contrah. et comm. stip. (8. 38.) Das ältere Recht behauptete die Ungültigkeit der stipulatio post mortem folgerecht aus dem Satze: per liberam personam obligatio non acquiritur. Schweppe Rechtsgesch. §. 293.

3) l. 13. pr. D. de pign. act. (13. 7.) l. 7. §. 1. D. de distract. pign. et hyp. (20. 5.)

4) l. 8. C. ad exhibendum (3. 42.)

5) §. 20. I. de inutil. stip. (3. 20.) l. 38. §. 20—24. l. 118. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) l. 3. C. de inutil. stip. (8. 39.)

die Erfüllung gehörig geschehe; wohin auch der Fall zu zählen ist, daß der Dritte nur deßwegen hinzugefügt ist [1]) (solutio in extraneam personam collata), damit ihm statt des Stipulanten gezahlt werden könne. b) Hat sich bei dem zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Vertrage der Stipulant eine Strafe für den Nichterfüllungsfall [2]) ausbedungen: so kann er auf Leistung derselben klagen. II) Ein Vertrag ist ferner ungültig, soweit darin einem Dritten (d. i. einem Nichtcontrahenten) die Pflicht einer Leistung auferlegt wird. Es ist dadurch dann weder [3]) der Dritte verpflichtet, noch derjenige Contrahent [4]), welcher unter Voraussetzung der Verpflichtung des Dritten Etwas versprach. Hat aber der Promittent versprochen, den Dritten zu einer Leistung zu bewegen [5]) (was zuweilen schon ohne ausdrückliche Erläuterung in dem Versprechen der Handlung eines Dritten [6]) liegt, namentlich wenn dieser statt des Promittenten Etwas thun soll): so ist der **Promittent** verbunden zu erfüllen. — Ausnahmsweise ist der einen Dritten verpflichtende Vertrag für diesen Dritten verbindend: a) wenn ein Erbe durch Uebereinkunft seines Erblassers, der sich nicht [7]) verpflichtet hat, mit einem andern Contrahenten obligirt wird. Auch dieß war nach älterm Röm. Recht streitig, Justinian [8]) aber hat es

1) §. 4. I. de inutil. stip. (3. 20.)

2) §. 19. I. eod. l. 38. §. 17. D. de V. O. (45. 1.)

3) §. 3. I. de inutil. stip. (3. 20.) **Donell.** comm. lib. 12. c. 19. — v. **Glück** Pand. B. 4. §. 303.

4) Sofern er sich nicht selbst mitverpflichtet hat. Nov. 115. c. 6. Vgl. **Höpfner** Comm. üb. d. Inst. §. 737. Not. 4.

5) §. 3. Inst. cit.

6) l. 81. pr. D. de V. O. (45. 1.) l. 14. §. 2. D. de constit. pec. (13. 5.) l. 18. D. ratam rem hab. (46. 8.)

7) Oder der Etwas im Augenblicke seines Todes zu thun verspricht, was dann unmöglich ausgeführt werden kann. l. 15. C. de contrah. stipul. (8. 38.)

8) l. un. C. ut action. et ab her. et contra her. incip. (4. 11.)

als gültig entschieden. b) Wenn ein Miteigenthümer einer Sache dem Andern versprochen hat, binnen einer bestimmten Zeit nicht auf Theilung zu dringen: so muß der Singularsuccessor [1]) in dieser Sache die versprochene Zeit ebenfalls ohne Theilung aushalten. Sollte, was von den in diesem §. berührten Rechtsverhältnissen ganz verschieden ist, eine negotiorum gestio oder eine Procuratur für dritte Personen bei einem Vertrage vorkommen: so treten die über diese Geschäfte geltenden Rechte ein.

C. Erfordernisse in Rücksicht des Objects.

§. 416.

Soll eine Sache der mittelbare Gegenstand eines Vertrages [2]) seyn können, so muß sie gewisse gesetzliche Eigenschaften haben; namentlich: a) sie muß überhaupt in commercio [3]) seyn, wenn der Vertrag volle Wirksamkeit erhalten soll. Wußte der eine Contrahent, die Sache sey nicht in commercio, und hinterging mithin den andern damit unbekannten Contrahenten: so hat dieser, wenn ihm Schaden aus dem Vertrag entsprang, einen Anspruch [4]) gegen den Hintergehenden auf Entschädigung. b) Die Sache muß geeignet seyn, vom Promissar besessen und erworben zu werden [5]); wogegen die Fähigkeit des Promit-

1) l. 14. §. 3. D. commun. divid. (10. 3.) l. 16. §. 1. D. pro socio (17. 2.)

2) Der unmittelbare Gegenstand des Vertrags ist die leistende Handlung des Verpflichteten, oder dessen Unterlassen.

3) l. 34. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1.) l. 1. §. 9. D. de obl. et act. (44. 7.) l. 182. D. de R. J. (50. 17.) — Kommt die Sache nachmals in das commercium, so convalescirt der Vertrag dennoch nicht. §. 2. I. de inutil. stip. (3. 20.) l. 83. §. 5. l. 137. §. 6. D. de V. O. (45. 1.)

4) l. 4. l. 62. §. 1. D. de contr. emt. vend. (18. 1.) v. Glück Pand. B. 16. §. 957. S. 41 ff.

5) l. 34. D. de V. O. (45. 1.)

tenten, die Sache zu besitzen, gleichgültig ist. — c) Die Sache muß dem Promissar nicht [1]) schon eigenthümlich gehören. Nur im Falle daß ein Anderer den Besitz der dem Promissar eigenthümlichen Sache hat, und nur über den [2]) Besitz contrahirt wird, gilt der Vertrag. Das Römische Recht giebt dazu auch das Beispiel, daß ein Eigenthümer den bloßen, vorher nicht gehabten, Besitz seiner Sache miethet oder bittweise erhält [3]). — d) Der Gegenstand muß zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht vernichtet seyn [4]); jedoch braucht er dann noch nicht zu existiren [5]), da eine res futura als Gegenstand des Vertrags hinreicht. Die angeführten Erfordernisse werden für so wesentlich zu Entstehung eines gültigen Vertrags angesehen, daß wenn die Sache auch erst in der Folge dem allgemeinen oder relativen Commerz entzogen wird, oder in das Eigenthum des Promissars übergehet, der Vertrag durch Rückwirkung [6]) ungültig wird. — In dem Falle, daß bei einem Vertrage auch eine Gegenleistung vorkommt, ist er ungültig, wenn zur Zeit des Abschlusses die Sache der Leistung [7]) schon über die Hälfte umgekommen ist. —

1) l. 45. D. de R. J. (50. 17.) l. 16. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) Jac. Gothofred. ad leg. 45. cit.

2) l. 34. §. 4. D. de contr. emt. (18. 1.) — Auch gilt der Vertrag, welcher dem Promissar dessen eigenthümliche Sache zusichert, dann, wenn er unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen war; und bei deren Eintritt die Sache dem Promissar nicht mehr gehörte. l. 61. D. eod. l. 31. l. 98. pr. de V. O. (45. 1.)

3) l. 28. D. de acq. poss. (41. 2.) l. 9. §. 4. D. de precario (43. 26.)

4) l. 57. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 1. §. 9. D. de obl. et act. (44. 7.)

5) l. 8. pr. §. 1. l. 34. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1.) Erst die Neuern haben zwischen res sperata, welches eine der gewöhnlichen Wahrscheinlichkeit nach erfolgende künftige Sache, und spes, welche einen bloß vom Zufalle abhängigen Gegenstand bedeuten soll, den schwankenden Unterschied gemacht.

6) §. 2. I. de inutil. stip. (3. 20.)

7) l. 57. pr. §. 1—3. D. de

Verträge über fremde Sachen sind an sich gültig [1]); nur haben sie begreiflich keinen Einfluß auf das dingliche Recht des Eigenthümers, da dieses nie unter den Verabredungen der Nichteigenthümer leiden kann. — Nicht selten kommen bei Verträgen Accessionen des Hauptgegenstandes und auch des ihn vertretenden Preises [2]) vor. Daß dabei aber das Wichtigere nicht Accession des Unbedeutendern seyn [3]) darf, ist eine Bestimmung, für welche zwar Beispiele im Römischen Rechte angeführt sind, die jedoch in Ermangelung eines allgemeinern Grundsatzes einigermaßen schwankend scheint und dem Gutfinden des Richters, den Sitten und Umständen gemäß, überlassen bleiben muß.

D. Sonstige Erfordernisse.

§. 417.

Zur Gültigkeit des Vertrages gehört noch ein Interesse von Seiten des Berechtigten, Erlaubtheit und Möglichkeit der Erfüllung. Sollte dem Berechtigten die Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrags vom Anfange an gleichgültig gewesen oder späterhin vor geschehener Erfüllung gleichgültig geworden seyn [4]): so hat er kein Recht aus dem Vertrage. — Unerlaubt sind alle diejenigen Verträge, welche etwas gesetzlich oder moralisch Verbotenes bezwecken (s. unten §. 500. und 623.). — Das Verbotene wird dem physisch Unmöglichen [5]) gleichgesetzt. Eine auf Jenes oder

contr. emt. (18. 1.) s. §. 418. vom wesentlichen Irrthume.

1) l. 137. §. 4. D. de V. O. (45. 1.) v. Glück Pand. B. 4. §. 304. l. 28. D. de contr. emt. (18. 1.)

2) l. 27. D. de aedil. ed. (21. 1.)

3) l. 44. pr. D. eod. Cujac. obs. 16, 20.

4) l. 61. D. de pactis (2. 14) l. 8. §. 6. D. mandati (17. 1.) l. 32. D. loc. cond. (19. 2.) l. 136. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

5) l. 135. l. 185. D. de R. J. (50. 17.)

auf Dieses gerichtete Obligation ist schon an sich null [1]) und convalescirt auch nie [2]), wenngleich der Gegenstand nachher erlaubt oder möglich werden sollte.

III. Von dem Willensacte bei Verträgen.

A. Wesentliche Stücke.

1. Nach der allgemeinen Natur der Rechtsgeschäfte.

§. 418.

Schon nach den allgemeinen Erfordernissen jedes Rechtsgeschäfts darf der Vertrag nicht an völliger Simulation, an Zwang, Irrthum und Betrug leiden. Mit Aussetzung des Zwanges und Betruges bis zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ist hier nur vom Irrthume [3]) und der Simulation zu reden. Irrthum macht den Vertrag nicht immer [4]) ungültig; sondern in einigen Verhältnissen macht er ihn nichtig, in andern begründet er eine Entschädigungsforderung, in noch andern hat er gar keinen Einfluß. Daher im ersten Falle der Name **error essentialis**, in den beiden andern **error accidentalis** oder **concomitans**. — Einseitig nennt man den Irrthum, wenn sich nur eine der Parteien darin be-

1) l. 26. l. 27. pr. l. 35. pr. D. de V. O. (45. 1.) l. 4. C. de inutil. stipul. (8. 39.)

2) l. 35. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

3) Thibaut, Versuche B. 2. Nr. 4.

4) Zwar reden manche Stellen des Röm. R. so, als ob der Irrthum den Vertrag immer ungültig mache, l. 15. de jurisdictione (2. 1.) l. 116. §. 2. D. de R. J. (50. 17.) l. 8. 9. C. de juris et facti ignorantia (1. 18.); allein sie zeigen, daß der Irrthum den Vertrag nur da aufhebt, wo der Consens wesentlich nothwendig ist. — l. 57. D. de oblig. et act. (44. 7.) geht nur darauf, daß die Parteien über die Art des Vertrags oder über die Identität des Objectes geirrt haben.

findet; zweiseitig, wenn beide im gleichen Irrthume sind. Der einseitige Irrthum kann auch verschiedenartig seyn; theils so, daß der Nichtirrende den Irrthum des Irrenden nicht weiß; theils so daß er ihn weiß [1]), den Irrenden aber darin stecken läßt. Die Hauptfälle des wesentlichen Irrthums, dessen Daseyn den Vertrag null macht, sind vom unwesentlichen Irrthume genau zu unterscheiden: 1) Irrthum über die Identität des Gegenstandes macht den Vertrag ungültig [2]), error in corpore, d. i. wenn der eine Theil eine Sache im Sinne hatte, an welche der andere nicht dachte. Bloßer Irrthum dieser Art über die accessio, bei Einstimmung über die Hauptsache [3]); schadet dem Vertrage nicht. 2) Irrthum über das Daseyn des Gegenstandes. Hat er nie existirt [4]), so ist der Vertrag schon deßhalb null, weil man dann zu keinem Resultate gelangen kann. Ein einst wirklich existirender Gegenstand, über welchen vertragen wird, kann aber zur Zeit des Vertrags wieder zu Grunde gegangen seyn. Ist er dann schon gänzlich vernichtet gewesen, so ist der Vertrag ungültig, es sey denn daß bei Verträgen auf Leistung und Gegenleistung der Acceptant der vernichteten Sache die Wahrheit wußte [5]); dann ist dieser an den Vertrag gebunden. Ist zur Zeit des Vertrags vom übrigens zu Grunde gegangenen Gegenstande noch ein Theil vorhanden, so gilt der Vertrag; jedoch wenn bei Verträgen auf Leistung und Gegenleistung beide Theile sich im Irrthume befanden und [6])

1) Dieß allein nennt Thibaut einseitigen Irrthum. System des Pand. R. 7te Ausg. §. 147.

2) §. 23. I. de inutil. stip. (3. 20.) l. 9. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.) l. 83. §. 1. l. 137. §. 1. de V. O. (45. 1.)

3) l. 34. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.)

4) l. 1. l. 7. D. de her. vel action. vend. (18. 4.)

5) l. 15. pr. l. 57. pr. u. §. 2. D. eodem.

6) l. 44. l. 57. pr. §. 1. D. eodem.

das Object mehr als zur Hälfte, oder von zwei Objecten das eine ganz zu Grunde gegangen ist, so ist der Vertrag ungültig. 3) Irrthum über den Stoff der Sache macht zwar einen Vertrag, welcher eine Liberalität enthält oder auf Geben und Zurückgeben gehet, nicht [1]) ungültig. Auch bestehet ungeachtet eines Irrthums im Stoffe des Objectes ein Vertrag auf Leistung und Gegenleistung, sofern derjenige, welcher die Leistung schuldig ist (der Käufer z. B.), seinen Vortheil beim Bestehen des Vertrages findet; fiele er aber zu dessen Nachtheile aus, so ist der Vertrag nichtig, wenn die Sache [2]) aus einem ganz andern Stoffe bestehet, als beim Abschlusse der Verabredung von den Parteien gemeint war. Ist im letztern Falle aber die Sache nur zum Theil aus einem andern Stoffe, oder ist eine schlechtere Sache von demselben Stoffe vorhanden, so ist der Vertrag [3]) gültig. 4) Ein Irrthum über die Eigenschaften des Gegenstandes kommt nicht in Betracht [4]), wenn nicht gerade diese Eigenschaften als wesentlicher Gegenstand des Contractes von den Parteien gemeint sind [5]). Hat auch bei zweiseitigen Verträgen auf Leistung und Gegenleistung der Promittent wissentlich den Promissar [6]) irren lassen über Eigenschaften des Gegenstandes: so gilt der

1) l. 1. §. 2. D. de condict. sine causa (12. 7.) l. 22. D. de V. O. (45. 1.)

2) l. 9. §. 2. l. 14. fin. D. de contr. emt. (18. 1.)

3) l. 10. l. 14. D. eodem. l. 21. §. 2. D. de A. E. V. (19. 1.) „emtorem esse" ist nach dem Florentinischen Ms. zu lesen. Widersprechend scheint l. 41. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1.) gegen l. 14. cit. eod., allein l. 14. redet von Vermischung mit Golde, l. 41. von reinem Silber. Bynkershoek obs. Lib. 6. c. 14.

4) l. 11. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) Decret. Grat. P. II. caus. 29. qu. 1. c. 5.

5) l. 58. D. de contr. emt. (18. 1.) Wohin auch zu rechnen, wenn Jemand eine fremde Sache verspricht, die er für seine eigene hält oder umgekehrt. l. 35. D. de acq. rer. dom. (41. 1.) l. 15. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1.)

6) l. 11. §. 5. D. de A. E. V. (19. 1.)

Vertrag nicht. 5) Beim Irrthume über die Quantität ist zunächst zu beachten, ob der Gegenstand seiner Natur nach seine bestimmte Quantität hat; irren sich dann die Contrahenten über diese Quantität, während sie über den Gegenstand einig sind: so hat dieser Irrthum keinen Einfluß [1]. Eben so wenig hebt der Irrthum die Wirksamkeit des Vertrags auf, wenn die Contrahenten verschiedene Quantitäten fungibeler Sachen im Sinne hatten; der Vertrag gilt dann für die kleinere [2]) Quantität, denn in dieser wenigsten war Einstimmung da. Irrt aber ein Theil oder auch der andere über den Preis, und der Promittent verspricht weniger, als der Promissar sich ausbedungen, so ist der Vertrag nichtig, wie sich, bei gänzlichem Mangel an Uebereinstimmung der Theile im Wesentlichen, von selbst verstehet. Sollte aber der Promittent mehr versprochen, der Promissar nur weniger bedungen haben, so gilt der Vertrag für die [3]) kleinere Summe, über die beide offenbar einig sind. 6) Irrthum in der Person des Mitcontrahenten und zwar in der Identität derselben macht den Vertrag [4]) ungültig, sofern die Verabredung auf ein Thun gerichtet war; denn dieses will der Promissar von einer bestimmten Person sich verrichten lassen, nicht von einer andern. Aber bei Verträgen auf ein Geben muß dieß nach der Consequenz [5]) auch gelten. Trifft jedoch ein Irrthum über die Person des Mitcontrahenten nur solche Ei-

1) Auch wirkt der Irrthum über die Accession einen über den Hauptgegenstand feststehenden Vertrag nicht um. l. 34. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) — Averan. int. lib. 2. c. 2., v. d. Water obs. II. 14. —

2) l. 1. §. 4. D. de V. O. (45. 1.)

3) l. 52. D. locati cond. (19. 2.)

4) l. 15. D. de jurisdictione (2. 1.) l. 2. pr. D. de judiciis (5. 1.) Decret. Gratian. l. c. c. 2.

5) l. 32. D. de rebus credit. (12. 1.)

genschaften desselben, die auf das zu Leistende (Geben oder Thun) keinen Einfluß hat: so ist der Vertrag gültig; ungültig aber dann, wenn es ein Irrthum über die gerade zum Zwecke des Vertrags wesentlichen Eigenschaften gewesen ist, und der Mangel der vorausgesetzten Eigenschaft die Leistung ganz hindert [1]). Macht er sie nur schlechter, so würde der Vertrag gelten. 7) Der Irrthum über das juristische Wesen des Vertrags, über dessen Art, ist wesentlich und also annullirend. Sollte aber der Promittent schenken wollen, der Promissar dagegen ein Darlehn empfangen zu haben glauben, hinterher jedoch die Meinung des Promittenten erfahren: so kann er, falls der Promittent die Sache zurückfordert, die exceptio doli einwenden [2]). Folglich nimmt das Röm. Recht in diesem Falle die Gültigkeit der Schenkung an. 8) Einen Irrthum über die Beweggründe, nach Analogie des dolus causam dans, bei Verträgen für annullirend zu halten, ist [3]) falsch. Wenn jedoch der Irrthum über eine Thatsache so weit ging, daß ein Theil den Vertrag abschloß, weil er sich wegen der irrig angenommenen Thatsache dazu für schuldig [4]) hielt: so ist der Vertrag nichtig. Ist aus irgend einem der vorstehenden als wesentlich erkannten Irrthümer

1) Decret. Gratian. l. c. C. 5. fin.

2) l. 9. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 18. pr. §. 1. D. de reb. credit. (12. 1.)

3) l. 3. §. 7. fin. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 65. §. 2. D. de condict. indeb. (12. 6.) l. 49. D. mandati (17. 1.) l. 34. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) Selbst ein angegebener irriger Beweggrund schadet nicht, falsa causa non nocet, l. 52. de cond. indeb. (12. 6.) Donell. comm. 14, 10.

4) l. 51. pr. D. de pactis (2. 14.) l. 3. §. 7. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 31. D. de pecun. constit. (13. 5.) l. 20. D. de SC. Macedon. (14. 6.) l. 5. §. 1. D. de act. E. V. (19. 1.) Hat der Irrende schon geleistet, so steht ihm condict. indebiti frei; hat er noch nicht geleistet, except. indebiti.

der Vertrag nichtig: so wird die Frage, ob der durch diese Nichtigkeit benachtheiligte Contrahent Entschädigung fordern dürfe, aus allgemeinen Gründen verneint werden müssen; denn der Contract ist ja als nie existirend anzusehen. Aber wenn die eine Partei dolo oder culpa jene Nichtigkeit veranlaßt hat, der Benachtheiligte aber an dieser Schuld keinen Antheil hat: so kann er ebenfalls nach allgemeinen Grundsätzen Entschädigung fordern.

Der außerwesentliche Irrthum ist aber ebenfalls in Rücksicht der Entschädigungsforderung des Benachtheiligten zu erwägen, und zwar sind drei Hauptfälle zu unterscheiden: 1) Wenn eine bestimmte Quantität oder Qualität des Gegenstandes im Vertrage bedungen ist und sich nachmals bei der Leistung nicht findet: so wird, im Falle nur der eine Theil beim Abschlusse irrte und eben bei dem Irrthume durch den bestehenden Vertrag gewinnt, von einer Entschädigung gar nicht die Rede seyn können; denn der Irrende leidet keinen Schaden, und der andere (wissende) Theil hat, da er die Wahrheit kannte, keine Entschädigung zu fordern. Zeigt sich aber über eine bestimmte Quantität, welche im Vertrage bedungen ist, ein zweiseitiger Irrthum, oder auch ein Irrthum nur des Benachtheiligten, so muß dem Verlierenden eine Vergütung werden [1]), entweder durch Nachschuß der fehlenden Quantität, oder in Ermangelung der Sache durch Geld. Betrifft jedoch ein solcher zweiseitiger Irrthum oder auch ein Irrthum nur des Benachtheiligten die Qualität des

1) l. 3. §. 2. 3. D. si mensor falsum mod. (11. 6.) l. 40. §. 2. D. de contrah. emt. (18. 1.) l. 14. §. 1. l. 15. D. de her. vel act. vend. (18. 4.) l. 4. §. 1. l. 42. fin. D. de A. E. V. (19. 1.)

Gegenstandes: so ist unbedenklich, daß der Promittent, welcher die Sache besser versprochen als sie sich nun befindet, dem Promissar Vergütung geben muß; und zwar nur mittelst Heruntersetzung des Preises, wenn der Leistende nicht in dolo war, — sonst auch außerdem noch durch Prästation des Interesse [1]). — Sollte der Promittent eine in der Qualität bessere Sache, als bedungen, liefern: so kann er nicht nur nach der allgemeinen Entscheidung der Praxis, durch welche diese Frage ziemlich müssig wird, sondern auch nach consequenten Grundsätzen keine Entschädigung verlangen, der Promissar mochte die bessere Qualität (also den Irrthum des Promittenten) kennen [2]), oder nicht; denn der Promissar erhielt die bessere Sache unverlangt und bloß durch culpa des Promittenten. — 2) Wenn die Sache einen Fehler [3]) hat (oder auch schon zur Zeit des Contractes theilweise untergegangen war) und der Promissar wußte diesen Mangel beim Contrahiren: so kann er keine Entschädigung fordern [4]), denn er kannte die Beschaffenheit des Gegenstandes zur Zeit der Einwilligung. Kannte aber dann der Promissar diesen Mangel nicht, so kann er allerdings Entschädigung verlangen [5]), und zwar

1) l. 1. §. 2. D. de pignor. act. (13. 7.) l. 45. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 6. §. 4. init. l. 13. §. 3. l. 21. §. 2. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) l. 16. §. 4. D. de minor. (4. 4.) l. 22. §. 3. D. loc. cond. (19. 2.)

3) Wobei sich übrigens von selbst verstehet, daß der Promittent nur in solchen Verträgen für die Fehler haftet, in denen er überhaupt dafür verpflichtet ist. l. 62. D. de aedil. ed. (21. 1.)

4) l. 57. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 9. fin. C. de act. emt. vend. (4. 49.)

5) l. 45. l. 52. pr. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 6. §. 4. l. 13. pr. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 19. §. 1. D. loc. cond. (19. 2.) Daß die letzte Stelle den Vermiether von fehlerhaften Weinfässern, obgleich er nicht in dolo ist, dennoch auch zum Interesse verurtheilt, scheint bloß auf einer Ausnahme bei diesem besondern Gegenstande unter den Römern zu beruhen.

Preisverringerung vom gutgläubigen Promittenten, aber vom dolosen Preisverringerung und Interesse.

Bei der Lehre vom Irrthum in den Verträgen hat man noch im Allgemeinen zu bemerken: a) ein Irrthum im Namen thut nichts [1]), sofern der Gegenstand dadurch nur nicht ungewiß wird. b) Zwischen den Geschäften stricti juris und denen bonae fidei ist in Rücksicht auf das Wesen des Irrthums und dessen Wirkung kein Unterschied [2]). Aber wegen der strengen Grenze der act. stricti juris kann bei diesen nur dann eine Entschädigung auf den Grund des Irrthums eingeklagt werden, wenn zugleich actio de dolo erwachsen ist und so weit dieser dolus dem Benachtheiligten ein Recht giebt. — c) Wenn bei der Entschädigungsforderung, die auf dem Irrthume beruhet, sich zeiget, daß der Irrende selbst großer Nachlässigkeit sich schuldig gemacht hat: so sieht man es so an [3]), als habe er den ihn beschädigenden Mangel gewußt; seine culpa lata wiegt die Entschädigungsverpflichtung des Andern auf. — d) Bei allen Geschäften ohne Gegenleistung kann nur der Irrthum des Promittenten eine Nichtigkeit begründen.

Simulation ist die Vornehmung eines Geschäftes nur zum Schein. Im Allgemeinen ist ein beiderseitig simulirter Vertrag (contractus mohatrà) null, und es fragt sich immer, ob man ein rechtsbeständiges Geschäft [4]) darunter versteckt hat; auf dieses wird dann allein gesehen, je-

1) l. 80. D. de judiciis (5. 1.) l. 9. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 32. l. 65. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

2) l. 57. D. de obl. et act. (44. 7.)

3) l. 15. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

4) l. 6. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 24. l. 26. §. 1. D. depos. (16. 3.) l. 36. 38. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 46. D. locat. cond. (19. 2.) l. 5. C. si quis alteri vel sibi (4. 50.)

doch den durch die Simulation [1]) Benachtheiligten bleibt ihr Recht auf Entschädigung, wenn sie arglistig hintergangen waren. — Wichtig ist die Frage, was eine einseitige Simulation wirke. Ist der Simulant mit dem Ernste des Andern bekannt, so ist er in dolo; ist er damit nicht bekannt, so ist er im Irrthume. Im letztern Falle fehlt offenbar Einwilligung; dann ist das Geschäft null. Im Falle des dolus des Simulanten ist, gegen rechtliche Consequenz, durch das canonische Recht [2]) das Bestehen des dann einseitig simulirten Vertrags bestimmt. Doch bleibt dem Betrogenen dabei auf eine beträchtliche Entschädigung zu klagen frei.

2. Nach der besondern Natur der Verträge.

§. 419.

Aus der eigenthümlichen Natur des Vertrags fließen noch folgende wesentliche Erfordernisse: a) die wirklich erfolgte Uebereinkunft, von deren Abschluß an, nicht früher, die Existenz des Vertrags eintritt. Mithin kann eigentlich jeder Theil bis zur Annahme seines Vorschlags durch den andern Theil sein Anerbieten zurücknehmen. Aber, falls nicht eine bestimmte Bedenkzeit gestattet ist, muß der Vorschlagende wenigstens warten, bis der Andre sich, den Umständen nach, schicklicher und thunlicher Weise erklären kann [3]). Vorher gepflogene Unterhandlungen (Tractaten), wechselseitige Vorschläge und Entwürfe, oder Zusätze zu

1) l. 55. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 54. D. de obl. et act. (44. 7.) l. 21. C. de transact. (2. 4.) Leyser med. spec. 42. m. 5.

2) c. 26. X. de spons. et matr. (4. 1.)

3) Man hat wohl wegen l. 1. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) ein nicht zurückgenommenes Anerbieten für stets verbindlich bleibend ansehen wollen; allein die Stelle redet nicht vom Consense der Parteien, sondern bloß von der Röm. Stipulationsform.

denselben von der andern Seite, haben noch keine verbindliche Kraft. Sind die Hauptpuncte schon verabredet (durch beiderseitige Einwilligung festgesetzt), die Nebenpuncte [1]) aber noch nicht bestimmt: so ist dennoch der Vertrag als geschlossen anzusehen. b) Wie die Uebereinkunft, falls sie unzweifelhaft feststeht, abgeschlossen werde, ist zwar gleichgültig; doch wird immer [2]) von der einen Seite ein Antrag, eine Anerbietung, Frage oder Bitte, und von der andern eine beifällige Erklärung, ausdrücklich oder stillschweigend, dabei vorkommen müssen. c) Die Abwesenheit von Mißverständnissen ist nothwendig zur Existenz des Vertrags; Mißverständnisse aber sind Irrthümer von der einen oder andern Seite, und daher nach §. 418. zu beurtheilen. — d) Daß ein Vertrag, in Abwesenheit des Contrahenten auch durch Boten und Briefe eingegangen werden kann [3]), versteht sich von selbst; weil sonst persönliche Gegenwart der Parteien erforderlich wäre. Da man nun nach dem Obigen unter Gegenwärtigen bis zu der den Umständen nach billiger Weise thunlichen Gegenerklärung den Antrag oder Vorschlag zurücknehmen kann: so entsteht die Frage, wie dieß unter Abwesenden zu halten sey. Allgemeine Grundsätze lassen annehmen, daß der Promittent die Erklärung des Promissars binnen einer den Umständen nach billigen Frist abwarten müsse; geht der Promissar also wankelmüthig von seinem Anerbieten früher ab: so ist der Vertrag, der unterdessen durch Beitritt des ab-

1) Nebenpunct ist, was nach allgemeinen Rechtsnormen aus der bereits ausgesprochenen einstimmenden Meinung beider Contrahenten sich schon entscheiden läßt, und dann also der Erklärung derselben nicht mehr nothwendig bedarf.

2) l. 1. §. 4. D. de V. O. (45. 1.) l. 55. D. de obl. et act. (44. 7.) l. 3. pr. D. de pollic. (50. 12.) c. 17. de praeb. in VI. (3 4.)

3) l. 2. D. de pactis (2. 14.)

wesenden und mit der Sinnesänderung des Promittenten noch unbekannten Promissars zu des Letztern Vorschlag zu Stande gekommen, dennoch gültig. e) Dem Promissar, welcher das Erbieten des Promittenten ausschlug, steht eine Rückkehr dazu und nachständige Annahme nicht mehr frei; denn das Anerbieten ist nach den entwickelten Grundsätzen nunmehr für erloschen anzunehmen. Sollte ein abwesender Promissar eine verneinende und bald darauf eine bejahende Antwort dem Promittenten geschickt haben: so wird wiederum der Consequenz nach entschieden werden müssen, daß die dem Promittenten zuerst zukommende Antwort das Daseyn oder Zerfallen des Vertrags bestimme.

B. Zufällige Stücke.

1. Verfassung eines schriftlichen Aufsatzes und Zuziehung der Obrigkeit.

§. 420.

Zum Wesen des Vertrags gehört ein schriftlicher Aufsatz (instrumentum contractus) in der Regel nicht [1]). Nothwendig ist er nur dann, wenn die Parteien eine schriftliche Abfassung verabredet [2]) oder vielleicht gar zur Bedingung der Geltung des Vertrags sich gemacht haben; dann tritt [3]) nach Justinians Verordnung vor der von den Theilen (und falls ein Notar erbeten ist, auch von dem Notare) vollzogenen Unterschrift des Aufsatzes eine Verbindlichkeit für die Theile nicht ein, und es wird bis zum Un-

1) §. 2. I. de obl. et consensu (3. 23.) l. 2. D. de pactis (2. 14.) l. 2. D. de obl. et act. (44. 7.) l. 17. C. de pactis (2. 3.) l. 9. l. 10. C. de fide instr. (4. 21.)

2) Vinnius comm. ad pr. I. de emt. Nro. 10.

3) pr. I. de emt. (3. 24.) l. 17. C. de fide instrum. (4. 21.) Vgl. übrigens Eichhorn Deutsch. Priv. R. §. 93. Not. e.

terschreiben ein freier Rücktritt jedes Contrahenten angenommen. Gewöhnlich werden schriftliche Abfassungen der Verträge nur des Beweises [1]) wegen vorgenommen, und es sind dabei gedruckte Formulare deßwegen von Werth, weil sie leichter als geschriebene darthun, daß der Unterschriebene den ganzen Inhalt gekannt habe. Sollte Etwas gegen den Willen der Contrahenten niedergeschrieben seyn, so ist dieß nicht [2]) verbindend; namentlich sollen Versehen eines dritten [3]) Niederschreibenden den Theilen unschädlich seyn. — Zuziehung der Obrigkeit, welche bei Abschließung von Verträgen bei den Römern sehr selten vorgekommen zu seyn scheint, ist zum Wesen des Vertrags ebenfalls nie nöthig, wenn nicht das [4]) Deutsche Recht oder Landesgesetze etwas Anderes vorschreiben; jedoch nützlich ist sie wegen des leichtern Beweises. Dem gemeinen Rechte nach kann ein Contrahent von dem andern nicht genöthiget werden, die Obrigkeit bei Eingehung eines Vertrags zuzuziehen; und deren Mitwirkung auf einseitiges Anrufen ist nicht hinreichend.

2. Ueberreichung einer *arrha* [5]).

§. 421.

Bei zweiseitigen Verträgen geben die Contrahenten sich öfters ein, bei uns verschiedentlich Handgeld oder Angeld [6])

1) Stryk Caut. contr. II. 8. §. 1—3. Pufendorf II. 52.

2) l. 38. D. de obl. et act. (44 7.)

3) l. 92. D. de R. J. (50. 17.) Jac. Gothofr. ibid.

4) Vgl. Eichhorn Deutsch. Priv. R. §. 93. Die Vorschrift, daß Contracte eines Juden mit einem Christen vor des Letztern Obrigkeit errichtet werden sollen, R. Absch. v. 1551. §. 78. 79. ist jetzt wohl ganz außer Gebrauch. Eichhorn l. c. §. 81.

5) v. Glück, Pand. B. 16. §. 982.

6) Daß die eigentliche Arrha von einer Vorausbezahlung, welche provinziell auch wohl Angeld

genanntes, Haftgeld, eine arrha, auf die Hand, meistens nur als Zeichen des Contractsverhältnisses. Sie ist gewöhnlich Zeichen des schon vollendeten Vertragsabschlusses, arrha [1]) pacto perfecto data. In diesem Falle [2]) muß, wer sie empfing, sie doppelt restituiren, — wer sie gab, sie verlieren, wenn durch seine Schuld die Erfüllung des Vertrags wegfällt oder über Gebühr verzögert wird. Ist dieß der Sinn [3]), in welchem man die arrha verabredete und gab, so nennen sie die Neuern confirmatoria. Es ist der Vertragsbrüchige dann der Klage aus dem Contracte auch außerdem noch ausgesetzt; wenn nicht etwa einseitige Aufhebung des Contracts stipulirt ist [4]). — Manchmal wird die arrha aber auch, ausnahmsweise, vor Abschluß des Contractes, bloß als Zeichen der eingeleiteten Unterhandlungen gegeben (pacto imperfecto data); in diesem Falle kann jeder Theil, der Empfänger mit Herausgabe des doppelten Handgeldes, der Geber mit Verlust des gegebenen, von dem Contract ohne weitern Nachtheil abgehen [5]). Wegen dieser freien Pönitenz hat man sie dann arrha pönitentialis genannt. — Kommt es zur Erfüllung des Vertrags, so wird die vom Zahlenden gegebene ihm auf den Preis abgerechnet; sollte der Zahlungempfangende eine arrha gegeben haben, so erhält er sie im Falle der Contractserfüllung zurück [6]). Wird der

genannt wird, unterschieden werden müsse, wird kaum einer Bemerkung bedürfen.

1) pr. I. de emt. (3. 24.)

2) l. 6. pr. D. de lege comm. (18. 3.)

3) l. 35. pr. D. de contr. emt. (18. 1.)

4) l. 3. l. 6. C. de rescind. vend. (4. 44.) Höpfner Comment. §. 744.

5) l. 17. C. de fide instr. (4. 21.)

6) l. 11. §. 6. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 5. §. 15. D. de instit. act. (14. 3.) Doch kennt man in Deutschland Ausnahmen von der Rückrechnung oder der Rückgabe der Arrha, s. Lauterbach de arrha ejusque jure. §. 131. 133.

Contract durch beiderseitige Uebereinkunft oder sonstiges rechtliches Hinderniß aufgehoben: so gehet die arrha ebenfalls an den Geber zurück [1]). — Die Befugniß auf Rückgabe der arrha begründet bloß einen persönlichen Anspruch gegen deren Empfänger [2]), ohne Rücksicht auf die Sache, um deretwillen sie gegeben worden.

3. Anwendung der Versteigerung.

§. 422.

Nicht selten wird auch ein zweiseitiger Vertrag durch Ausbietung und die darauf erfolgenden bessern Gebote des einen vor dem Andern (Versteigerung, Auction, Subhastation, Licitation) abgeschlossen. Besonders findet sich diese Geschäftsweise beim Kauf-, Mieth- und emphyteuticarischen Contracte. Die Rechtsregeln darüber sind folgende: a) Der Versteigernde braucht den zu versteigernden Gegenstand dem Bestbietenden (Meistbietenden oder Mindestfordernden) nicht zu lassen, sondern behält immer noch die Erklärung frei, ob er das Gebot annehmen wolle. b) Der Bestbietende kann bis zum Zuschlage von seinem Gebote immer abgehen; denn bis zum Zuschlage [3]) ist das Geschäft bloß eine Einladung zum Bieten und enthält noch keine Acceptation. Jedoch versteht sich von selbst, daß das Haften jedes Bietenden durch besondre Verabredung im Voraus und namentlich dahin bedungen werden kann, jeder Bietende solle, bis er durch ein Bessergebot abgeboten werde, mit seinem Gebote nicht zurücktreten. Dieß wird

1) l. 11. §. 6. D. cit. l. 2. C. quando lic. ab emt. disc. (4 45.)

2) l. 11. §. 6. D. cit. l. 3. C. de A. E. V. (4. 49.)

3) Titii Obs. in comp. Lauterbach. Obs. 519. §. 2. 3. Struben R. Bedenk. V. Bd. 28.

oft auf einen ferner eintretenden Auctionstermin ausgedehnt. e) Wenn nach gegebenem Zuschlage ein Besserbietender erscheint, kann der Versteigernde dennoch vom Zuschlage nicht wieder zurücktreten, denn das Geschäft enthält keine addictio in diem, sondern ist durch den Zuschlag perfect geworden [1]); — wobei wieder unzweifelhaft, daß der Versteigernde den Rücktritt vom Zuschlage unter bestimmten Umständen und Beschränkungen sich vorausbedingen kann. d) Verkauf mittelst Subhastation kann wegen erlittener Verletzung über die Hälfte, nicht anders als sey er Privatverkauf [2]), umgestoßen werden. Die gerichtliche Versteigerung ist nämlich bloß Bestätigung des Rechtsgeschäftes und ändert an dessen Wesen nichts; leidet dieß an Rechtsmängeln, so kann es, ungeachtet jener Bestätigung [3]), angegriffen werden. Die solemnitas hastarum (habitis hastis) bei Auctionen [4]), welche der Fiscus anstellen ließ, nebst ihren Folgen ist in Deutschland ohne Anwendung.

4. Bedingungen bei Verträgen.

§. 422. a.

Im Allgemeinen gelten bei den Verträgen die Rechtsgrundsätze, welche über Bedingungen überhaupt aufgestellt werden (s. Thl. 1. §. 116. bis 119.) Hier ist nur noch zu bemerken: a) Daß bedingte Verträge [5]), falls die Be-

1) l. 1. C. de vend. reb. civ. (11. 31.)

2) Wiewohl eine Subhastation im Uebrigen vor einem Privatverkauf die Erleichterung des Beweises gegen die Bietenden und andre Vorzüge behält.

3) Der Begriff einer richterlichen adjudicatio ist hierbei falsch von Einigen angewandt. Vgl. Pufendorf obs. Tom. III. 78. v. Glück Comm. Bd. 17. §. 1030. S. 87 ff.

4) l. 1. 2. 4. C. de fide et jure hastae fisc. (10. 3.) l. 1. C. de vend. reb. civ. (11. 31.)

5) Im Gegensatz bedingter testamentarischer Verfügungen.

dingung erst nach dem Tode des Promissars eintritt, auf dessen Erben übergehen. Derselbe Uebergang gilt auf Seiten des Promittenten, und daher heißt der Erstere schon vom Anfang an creditor, der Letztere debitor [1]). b) Die eintretende Bedingung wird bei Verträgen in der Regel retrotrahirt auf den [2]) Zeitpunct des Abschlusses; woraus mehrere wichtige Folgen hervorgehen. Namentlich muß der Fruchtertrag, wenn dergleichen nach der Natur des Geschäftes zu liefern ist, vom Augenblicke des geschlossenen Vertrags an berechnet werden; was für die Resolutivbedingung [3]) durch ausdrückliche Gesetzstellen, für die Suspensivbedingung durch die Consequenz der Grundsätze [4]) bestimmt wird. Sollte indessen die fruchttragende Sache vor Eintritt der Bedingung untergegangen seyn [5]), so werden gar keine Früchte geleistet. — Im Falle eine Vertragsbedingung ohne den Willen des Contrahenten gar nicht erfüllt werden kann [6]), fällt die Zurückziehung des Eintritts der Bedingung auf den Augenblick des abgeschlossenen Vertrags deßwegen weg, weil offenbar erst der nachmals die Verwirklichung möglich machende Wille des Contrahenten die wahre Vertragseinwilligung bezeichnet, welche vorher noch fehlte. c) Ein Vertrag muß unter einer physisch möglichen Bedingung abgeschlossen seyn [7]), sonst ist er nich-

1) §. 25. I. de inutil. stip. (3. 20.) l. 8. pr. D. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) l. 57. D. de V. O. (45. 1.) l. 42. pr. D. de obl. et act. (44. 7.)

2) l. 11. §. 1. D. qui pot. in pign. (20. 4.) l. 78. pr. D. de V. O. (45. 1.) l. 16. D. de solution. (46. 3.)

3) l. 6. pr. l. 16. D. de in diem add. (18. 2.) l. 11. §. 10. D. quod vi aut clam (43. 24.)

4) Thibaut civil. Abhandl. S. 362 ff.

5) l. 2. fin. D. de in diem add. (18. 2.) l. 10. §. 5. D. de jure dot. (23. 3.) l. 14. pr. D. de novation. (46. 2.)

6) l. 4. D. quae res pign. oblig. (20. 3.) l. 9. §. 1. D. qui pot. in pign. (20. 4.) l. 132. fin. D. de V. O. (45. 1.)

7) §. 11. I. de inutil. stip. (3. 20.) l. 1. §. 11. l. 31. D.

tig; und der physischen Möglichkeit steht die rechtliche [1]) Möglichkeit gleich. d) Ist die Bedingung eine unerlaubte Handlung des Promissars, welcher mithin auf den Fall seiner eigenen unerlaubten Handlung Etwas erhalten soll [2]): so ist der Vertrag nichtig. Dasselbe tritt auch ein, wenn dem Promissar dessen eigene unerlaubte Handlung durch eine Vertragsbedingung verboten (negativ zur Bedingung gemacht) wird. e) Wenn aber die Bedingung eine unerlaubte Handlung des Promittenten ist, und zwar affirmativ, so daß er im Falle des Eintritts seiner eigenen unerlaubten Handlung Etwas leisten muß: so ist der Vertrag [3]) gültig. f) Wenn aber dem Promittenten seine eigene unerlaubte Handlung negativ zur Bedingung gestellt ist, er also auf den Fall des Unterlassens Etwas leisten soll: so ist dieß contra bonos mores und nichtig. g) Da kein Gesetz und eben so wenig allgemeine Grundsätze verbieten, die unerlaubte Handlung eines Dritten (Nichtcontrahenten) negativ oder affirmativ zur Bedingung zu machen: so gilt bei solcher Nebenbestimmung der Contract. Man kann dabei auch gar nicht an einen Reiz des Dritten zur Begehung des Unerlaubten denken, denn da beiden Theilen eine entgegengesetzte Einwirkung auf den Dritten freistehet: so hebt sie sich auf. h) Unter Resolutivbedingung und Suspensivbedingung ist bei vorstehenden Regeln kein Unterschied, als der durch ihre allgemeine Beschaffenheit hervorgebrachte; namentlich daß die Rolle des Promittenten bei der suspensiven Bedingung in die Rolle des Promissars bei der resolutiven sich verwandelt; denn bei der letztern ist

de obl. et act. (44. 7.) l. 7. D. de V. O. (45. 1.)

1) l. 137. §. 6. D. eodem.

2) l. 7. §. 3. D. de pactis (2. 14.) l. 123. de V. O. (45. 1.)

3) l. 121. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) l. 1. 2. C. si mancip. ita venierit (4. 56.)

der ursprüngliche Promittent derjenige, welchem die Auflösung des Vertrags auf den Eintritt einer gewissen Bedingung versprochen wird. Daraus folgt auch, daß bei der Resolutivbedingung die etwanige Nichtigkeit nur auf die Resolutivwirkung geht (daß mithin das ursprüngliche Geschäft dann nicht rescindirt wird).

IV. Von der Interpretation der Verträge.

§. 423.

Die allgemeinen Grundsätze der Auslegung bei Rechtsgeschäften lehren schon, daß auch bei Verträgen mehr auf den Sinn [1]) der Parteien, als auf ihre Worte zu sehen sey. Da aber hier ein beiderseitiger Wille gilt, so muß dessen Einigkeit den Anhaltspunct der Auslegung bilden, und einseitig [2]) abweichende Absicht nur als Irrthum betrachtet, mithin nach den Regeln über den Irrthum beurtheilt werden. — Es bedarf keiner künstlichen Interpretation, wenn die Worte des Vertrags klaren Sinn geben; sind sie aber dunkel und die allgemeinen Interpretationsregeln reichen nicht aus (s. Thl. 1. §. 124.): so tritt consequent der Grundsatz ein, daß ein Vertrag im Zweifel gegen den Abfassenden oder den Auftraggeber des Abfassenden ausgelegt werden müsse. Haben beide Theile den Auftrag gegeben, so sind die Nachtheile der Dunkelheit auf beiden Seiten wieder gleich. Das Römische Recht hat aber drei einzelne Vorschriften, welche in sehr vielen Fällen Auskunft geben: a) daß die Dunkelheiten eines Kaufcontractes [3]) im Zweifel gegen den Verkäufer auszulegen

1) l. 219. D. de V. S. (50. 16.)

2) l. 99. pr. l. 110. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) Averanii int. V. 6. Nro. 8. seq.

3) l. 21. l. 33. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 172. pr. D. de R. J. (50. 17.)

seyen, b) die des Miethcontracts [1]) gegen den Vermiether, c) die einer Stipulation [2]) gegen den, welchem versprochen wird. Hieraus folgt jedoch weiter keine allgemeine Regel, als die, daß gegen den Concipienten [3]), wenn die Umstände nach allgemeinen Grundsätzen nicht das Gegentheil begründen, zu interpretiren sey. Denn der Satz: man müsse gegen denjenigen auslegen, welcher deutlicher hätte reden sollen, läßt immer ungewiß, wem diese Pflicht oblag; und daß man gegen denjenigen interpretiren will, welchem zu Gunsten die dunkele Stelle zu reden scheint, ist zwar im Ganzen praktisch richtig, weil er den Beweis der ihm günstigen Behauptung wird übernehmen müssen, allein es folgt nicht aus den obigen Gesetzbestimmungen und kann also erst angewandt werden, wo diese keine Regel oder Analogie mehr abgeben.

V. Von dem Näherrechte [4]).

§. 424.

Bei mehreren zweiseitigen Verträgen kann als Beschränkung freier Disposition ein Versprechen auf einen demnächst abzuschließenden Vertrag vorkommen. Bezieht sich dieses auf die Verpflichtung des Promittenten, im Falle der künftigen Abschließung eines Vertrags über einen bestimmten Gegenstand dem Promissar den Vorzug vor dritten Personen geben zu wollen: so nennt man des Letztern Befugniß Näherrecht, jus protimiseos. Besonders kommt es vor bei Kauf, Miethe und Emphyteuse. Man

1) l. 39. D. de pactis (2. 14.)

2) l. 26. D. de reb. dub. (34. 5.) l. 38. §. 18. l. 99. pr. D. de V. O. (45. 1.)

3) l. 30. D. de serv. praed. rust. (7. 3.) Zachariae allgemeine Hermeneutik. §. 88.

4) v. Glück Pand. Bd. 16. §. 990 — 996.

darf es nicht verwechseln mit dem dinglichen Retracte [1]) des Deutschen Rechtes, welcher auf die Wiederabtretung einer verkauften Sache geht. Das jus protimiseos ist [2]) persönliche Befugniß des Promissars gegen den Promittenten. Es entsteht aus einem Vertrage, oder einem Testamente, und in gewissen gesetzlich bestimmten Fällen. Mittelst Vertrags entsteht es sehr häufig dabei, daß der jetzige [3]) Verkäufer sich bedingt, das Verkaufte wieder verkauft zu erhalten, falls es der jetzige Käufer werde verkaufen wollen. Auch pflegt wohl beim Pachtcontract der Pachter sich ein Näherrecht auszubedingen. Unsere Rechtsquellen haben zwar kein Beispiel, daß das jus protimiseos eines Dritten im Testamente dem Erben befohlen werden könne; es folgt aber aus allgemeinen Grundsätzen von selbst. In folgenden fünf Fällen bestimmt das gemeine Recht ein Näherrecht: a) dem Eigenthümer gegen den verkaufenden [4]) Emphyteuta, b) dem Pachter des fundus publicus [5]) bei einer neuen Verpachtung, c) dem Concursgläubiger gegen einen dritten Käufer [6]) beim Verkauf im Concurse des Schuldners, und wiederum dem Gläubiger einer größern Summe gegen den einer kleinern; d) den Verwandten des Gemeinschuldners nächst den Gläubigern [7]); e) dem

1) Eichhorn Deutsch. Pr. R. §. 98.

2) Hat also der Verpflichtete an einen Dritten die Sache gegeben, ohne sie dem Näherberechtigten anzubieten: so hat dieser keine dingliche Klage, sondern bloß einen Entschädigungsanspruch gegen den Promittenten. l. 21. §. 5. D. de A. E. V. (19. 1.)

3) l. 75. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 21. §. 5. D. cit.

4) l. 3. C. de jure emphyteut. (4. 66.)

5) l. 4. 5. fin. C. de locat. praed. civ. (11. 70.)

6) l. 16. D. de rebus auct. jud. possid. (42. 5.)

7) l. 16. D. cit. Auch ist es den Verwandten durch l. 14. C. de contr. emt. (4. 38.) nicht wieder genommen, da diese Stelle gar nicht vom Verkaufe beim Concurse redet.

Fiscus beim Verkauf der Metalle aus den Bergwerken [1]) der Privaten. — Uebrigens steht dem Innehaber des Näherrechts dieß nur auf den Fall zu, daß der Andere verkaufen und der Näherberechtigte [2]) so viel geben will, als ein Dritter (was also nur bei Gegenleistung mittelst eines genus vorkommen kann). Macht der Berechtigte vom Anerbieten des Verpflichteten keinen Gebrauch, und kommt also in moram accipiendi: so kann dieser jeden andern Abnehmer der Sache wählen [3]); ein Satz, der nicht zu bezweifeln ist, auch wenn die Verabredung ganz allgemein dahin ginge, keinem Andern die Sache zu überlassen, sofern nicht hierunter ein allgemeines Veräußerungsverbot verstanden ist.

Zweiter Abschnitt.

Von den Folgen der Verträge.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§. 425.

Es folgt aus der Natur des Rechtsgeschäfts, daß jeder Contrahent den abgeschlossenen Vertrag zu erfüllen [4]) schuldig ist und nicht einseitig von demselben wieder zurücktreten [5]) kann; wovon weder die Lästigkeit der eigenen Leistung oder des ganzen Vertrags, noch Anerbieten des Zurückzahlens eines doppelten Betrags der erhaltenen Leistung [6]) befreien kann. — Jeder Vertrag ist ferner seiner

1) l. 1. fin. C. de metallar. (11. 6.)

2) l. 3. C. de jure emphyt. (4. 66.) l. 4. C. de locat. praed. civ. (11. 70.)

3) l. 122. §. 3. D. de V. O. (45. 1.)

4) l. 39. C. de trans. (2. 4.)

5) l. 5. C. de obl. et act. (4. 10.)

6) l. 6. C. de rescind. vend. (4. 43.)

Natur nach auf die Contrahenten beschränkt [1]). Wenn also der eine Contrahent über den Gegenstand, welcher ihm aus dem Vertrage mit dem Andern zukommt, einen gleichen Vertrag mit einem Dritten geschlossen hätte: so stehen diese beiden (der Andere und Dritte) in gar keinem [2]) rechtlichen Verhältnisse zu einander. — Die Klage, welche aus einem Vertrage entspringt, richtet sich nach ihm, so daß viele Verträge, jeder seine eigenthümliche Klage haben; jedoch kommt bei manchen die allgemeine actio in factum praescriptis verbis, oder actio praescriptis verbis schlichtweg, als die subsidiäre civilrechtliche [3]) Vertragsklage, vor, namentlich auch da, wo über die eigentliche Benennung der Klage [4]) Streit entstehen könnte. — Da es viele Verträge giebt, in denen ihrem regelmäßigen Inhalte nach nur der eine Theil verpflichtet wird, während durch zufällige Umstände, welche keineswegs in dem Geschäfte des Vertrags vorzukommen brauchen, in vorkommenden Fällen auch der andere Theil dem ersten Etwas schuldig wird: so entsteht in ihnen auf diesen Fall eine doppelte Klage (mutua actio) [5]), gegen den regelmäßig Verpflichteten die actio directa (principalis), gegen den andern Theil die actio contraria (minus principalis) [6]). Diese zweite geht bloß auf Schadloshaltung und theilt die Eigenthümlichkeiten der act. directa überhaupt nicht; daher sie also auch nie infamirt, noch an sich ein jus juran-

1) l. 27. §. 4. D. de pact. (2. 14.) l. 1. C. de trans. (2. 4.)

2) l. 47. §. 1. D. de R. J. (50. 17.)

3) l. 1 — 4. D. praescr. verb. (19. 5.) Cujac. et Maran. Parat. ad P. lib. 19. tit. 5. v. Glück Pand. Bd. 18. §. 1075.

4) l. 1. §. 1. l. 17. pr. l. 22. D. eod. l. 1. pr. D. de aestim. (19. 3.)

5) §. 2. I. quae quasi ex contr. (3. 28.) l. 5. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.)

6) Donelli comm. lib. 13. c. 14.

dum in litem begründet [1]). Wird, was oft eintritt, bei dem judicium directum zugleich das contrarium mittelst Compensation beseitiget, so bedarf [2]) es eines besondern Verfahrens durch das jud. contrarium gar nicht.

II. Besondere Bestimmungen.

A. In Rücksicht des zu leistenden Umfangs der Sache.

§. 426.

Wenn beim Abschlusse eines auf Leistung einer Sache gerichteten Vertrags nicht bestimmt angegeben worden ist, was die Sache quantitativ enthalten solle: so kann der Promissar nichts weiter verlangen, als die Sache, wie sie eben ist. Manchmal ist eine solche Angabe zwar gemacht worden, allein bloß um den Gegenstand ungefähr zu schildern und von andern ähnlichen zu unterscheiden (demonstratio). Diese beiläufige und ungefähre Angabe verpflichtet den Promittenten keineswegs, ihn gerade so zu liefern, wie er demonstrirt ist. Wenn aber eine genau bestimmte Angabe des Umfangs der Sache beim Vertragsabschlusse geschah (taxatio): so [3]) muß der Promittent für diesen Umfang haften, mithin das etwa gelieferte Wenigere ersetzen; obwohl im Falle höhern Werthes das Mehrere der Gewinn des Empfängers ist. Der Ersatz des Wenigern besteht zunächst darin, daß der Versprechende das Mangelnde zulegen muß, da der Promissar zuerst die Sache selbst zu fordern berechtiget ist. Nur wenn diese nicht völ-

1) l. 6. §. 7. D. de his qui not. inf. (3. 2.) l. 5. pr. D. depos. (16. 3.)

2) l. 6. §. 7. D. cit. l. 18. §. 4. D. commodat. (13. 6.)

3) l. 4. §. 1. l. 6. §. 4. l. 38. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 69. §. 6. D. de evict. (21. 2) Struben Recht. Bed. I. Bed. 96. v. Glück Pand. Bd. 16. §. 981.

lig geliefert werden kann, tritt Ersatz des fehlenden Werthes [1]) ein. Befindet sich aber der Leistende in gutem Glauben, so hat er das Recht, gegen dieses Fehlende oder zu Ersetzende dasjenige in Abrechnung zu bringen, was nach Abschluß des Contractes als hinzugekommener Zuwachs [2]) die Sache und deren Accessionen vergrößert hat; desgleichen das Weniger in einer Beziehung mit dem Mehr in der andern [3]) aufzurechnen. Soll die zu leistende Sache in das Eigenthum des Empfängers geliefert werden: so muß der Leistende außer der Sache selbst auch noch eine genaue [4]) Beschreibung derselben und aller ihrer [5]) Gerechtigkeiten liefern, auch etwanige [6]) Urkunden, welche zur Sache und deren Gerechtigkeiten gehören, herausgeben.

B. In Rücksicht der Ordnung der Erfüllung.

§. 427.

Bei vielen Verträgen kommt eine Ordnung der Erfüllung gar nicht in Betracht; es giebt aber häufige Fälle zweiseitiger Verträge, in denen nicht vor der Leistung des einen Theils die Gegenleistung des andern erfolgen kann oder geliefert zu werden braucht; dann muß die nothwendig frühere Leistung vorangehen, jedoch dem Leistenden auf sein Verlangen Caution [7]) gemacht werden. Klagt ein Contrahent auf Erfüllung, ohne seiner Seits seine Verpflichtungen aus dem Contracte erfüllt zu haben: so kann ihm der Beklagte die exceptio non impleti contractus

1) l. 4. §. 1. D. cit. l. 69. §. 6. D. cit.
2) l. 13. §. 14. D. de A. E. V. (19. 1.)
3) l. 42. D. eod.
4) l. 48. D. eod.
5) l. 66. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)
6) l. 52. pr. D. de A. E. V. (19. 1.)
7) l. 58. §. 2. D. loc. cond. (19. 2.)

(implementi non secuti) mit Erfolg entgegensetzen. Um diese Einrede zu vermeiden, muß, wer in solchen Verhältnissen klagen will, zuvor erfüllen [1]) oder den Andern in die [2]) mora accipiendi versetzen. Es steht ihm aber frei, falls er Unsicherheit des Gegners bescheinigen kann, den Gegenstand seiner Leistung gerichtlich niederzulegen. Da es in Ansehung des dem Beklagten bei einem solchen Vertrage zustehenden Rechtes, seine Gegenleistung zurückgehalten, völlig gleichgültig [3]) ist, ob der Kläger den Vertrag noch gar nicht, oder nur zu einem größern oder kleinern Theile oder nicht in der gehörigen Qualität erfüllt hat: so ist es falsch [4]), eine exceptio non plene s. non rite impleti contractus von der exceptio non impleti contractus überhaupt zu unterscheiden, und jene darauf gründen zu wollen, daß der Beklagte gewisse fehlerhafte Eigenschaften der Erfüllung des Klägers behaupte, welche der Behauptende beweisen müsse. Sind der Gegenstände oder der Contrahenten auf einer Seite, welche zu leisten haben, mehrere [5]): so kommt es darauf an, ob die Leistung als eine zusammengehörige betrachtet werden könne, welcher die Gegenleistung im Ganzen entsprechen solle; oder ob für gewisse Theile der Leistung abgesonderte Theile der Gegenleistung verabredet worden sind. Im letztern Falle ist das Geschäft als mehrere einzeln für sich bestehende Verträge zu betrachten, folglich das Ganze der Gegenleistungen nicht

1) l. 13. §. 8. l. 25. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) l. 9. §. 5. D. de pign. act. (13. 7.)

3) l. 13. §. 3. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 31. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 57. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 22. D. de hered. vend. (18. 4.)

4) v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1043. S. 228—239. v. Wening-Ingenheim Civil R. Bd. III. §. 33. Heerwart im Arch. f. civ. Prax. Bd. 7. Nr. 18. A. M. ist Weber v. d. Beweisführung VI. Nr. 27. und Thibaut System §. 169.

5) Vgl. Heerwart l. c.

bis zum Ende sämmtlicher Leistungen zurückzubehalten und die Einrede des (nicht recht oder) nicht erfüllten Contracts ist mithin alsdann nur auf jede einzelne Leistung ohne Verbindung mit den übrigen Leistungen des Klägers zu beziehen. Es wird dann so angesehen, als wenn mehrere einzelne Verträge vorhanden wären [1]). Wenn aber ein Complex von Leistungen, als ein Ganzes betrachtet, einer Gegenleistung oder einem ebenfalls zusammengehörigen Ganzen [2]) von Gegenleistungen gegenübersteht: so muß erst in Rücksicht aller Leistungen des Klägers erfüllt seyn, wenn er die Einrede des nicht erfüllten Contractes nicht fürchten will.

C. In Rücksicht des Orts der Erfüllung [3]).

§. 427. a.

Bei Verträgen ist der Ort der Eingehung auch der der Erfüllung [4]), außer daß, wenn über Lieferung einer anderswo liegenden, individuellen Sache contrahirt ist, an dem Orte des [5]) Aufenthalts derselben erfüllt werden muß. Bei Geschäften mit Durchreisenden, welche daraus eine Leistung schuldig werden, kann diese nur an deren Wohnorte gefordert [6]) werden, sofern nicht ein anderer Leistungsort verabredet worden. Ist unter zerstreut Wohnenden contrahirt: so erfüllt jeder an seinem Wohnorte und sendet dem andern auf dessen Gefahr und Kosten [7]) die zu leisten-

1) l. 29. l. 140. D. de V. O. (45. 1.) l. 34. pr. D. de aedil. ed. (21. 1.)

2) l. 34. §. 1. D. eod. (Lauterbach coll. Lib. 19. T. 1. §. 45.) l. 78. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1.)

3) Vgl. §. 382. 383.

4) l. 19. §. 2. D. de judic. (5. 1.) l. 3. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

5) l. 3. §. 4. D. de A. E. V. (19. 1.)

6) l. 19. §. 2. de judic. (5. 1.)

7) Welche Waaren hievon eine Ausnahme machen, läßt sich nicht nach Grundsätzen des ge-

de Sache. Der Gläubiger hat, sofern er das Interesse erstatten will, auch in Verträgen das Recht, die Erfüllung am Orte der Klage [1]) zu verlangen.

D. In Rücksicht der Verspätung der Erfüllung.

§. 428.

Verspätung der Erfüllung des Vertrags giebt demjenigen, welcher darunter leidet, nicht das Recht, den Contract [2]) aufzuheben, sondern bloß die Befugniß, Entschädigung [3]), wegen des ihm aus der Verspätung erwachsenen Nachtheiles, zu fordern. Er kann also auch nicht auf Rückgabe des bereits seinerseits Geleisteten [4]) gegen den Säumigen klagen. Erfüllt ein Contrahent später, als im Contracte bestimmt war, so bleibt ihm, dieser spätern Erfüllung ungeachtet, immer noch die Contractsklage [5]) gegen den andern Contrahenten in allen Fällen, welche sie begreift. Jedoch kann man von einem Vertrage abgehen, welcher eine in Thun bestehende Leistung des Gegners bestimmte, falls diese durch die Verspätung [6]) ganz unnütz geworden ist.

meinen Rechts, sondern (der kaufmännischen Usance und) des Deutschen Handelsrechts entscheiden; s. Bender Grundſ. des Deutsch. Handl. Rechts §. 78. 79.

1) Im ältern Rechte bedurfte es dazu bei negotiis stricti juris einer besondern actio arbitraria de eo quod certo loco; jetzt reicht stets dazu die gewöhnliche Vertragsklage hin. §. 33. I. de act. (4. 6.) l. 1. l. 7. D. de eo quod certo loco (13. 4.) v. Glück Comm. Bd. 13. S. 321 ff. Gans Obligation. R. S. 71 f.

2) l. 14. C. de resc. vend. (4. 43.)

3) l. 6. C. de A. E. V. (4. 49.)

4) l. 8. C. de contr. emt. vend. (4. 38.) l. 12. C. de rei vind. (3. 32.) l. 6. C. de A. E. V. (4. 49.)

5) l. 135. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

6) l. 24. §. 4. D. loc. cond. (19. 2.) Vgl. Pufendorf T. I. Obs. 40. §. 5. 6.

E. In Rücksicht einzelner Vertragsobjecte.

§. 429.

Verspricht Jemand in einem Vertrage eine zukünftige Sache (res sperata): so hat dieß nur insofern Bestand, als Etwas von ihr zum Daseyn [1]) gelangt, dann gilt aber der Vertrag auch mit rückwirkender [2]) Kraft. Geht der Vertrag bloß auf eine von künftigen Sachen noch unterschiedene Hoffnung (pactum de spe): so muß die Gegenleistung deßhalb [3]) unbedingt entrichtet werden, weil der Contrahent, welcher gegen eine solche Ungewißheit seine Gegenleistung verspricht, auf den eben so wahrscheinlichen Fall der Nichtverwirklichung der spes schon gerechnet haben mußte. — Wer eine fremde Sache zu leisten versprochen hat und sie nicht herbeischaffen will oder kann, muß außer der Aestimation [4]) noch das Interesse prästiren. — Wer aus einem Vertrage wiederkehrende Leistungen (annua, menstrua) zu fordern hat, vererbt dieses insofern als eine einzige, zusammengehörige Forderung zu betrachtende Recht [5]) auf seine Erben; jedoch erlischt mittelst der [6]) Extinctivverjährung nur jeder einzelne Termin für sich. — Verspricht Jemand vertragsmäßig zwar eine bestimmte einzelne Sache, jedoch eventuell, insofern er diese erste nicht leisten würde, eine andere:

1) l. 1. §. 3. D. de cond. et dem. (35. 1.)

2) l. 8. pr. D. de contr. emt. (18. 2.)

3) l. 11. §. 18. D. de A. E. V. (19. 1.)

4) l. 137. §. 4. D. de V. O. (45. 1.) l. 30. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) Pufendorf Obs. I. 40. §. 3.

5) l. 16. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) Cujacius ibid.

6) l. 7. §. 6. C. de praescr. 30. v. 40. ann. (7. 39.) Pufendorf Tom. I. Obs. 116. A. M. ist Böhmer im J. E. P. lib. 2. tit. 26. §. 4—24. Die Meinungen der Glossatoren finden sich in der Glosse zu l. 7. §. 6. C. cit.

so ist er zuvörderst zu Leistung jener erstern verbunden; sollte er sie aber, ungeachtet er es könnte, nicht leisten: so wird seine Verbindlichkeit auf die zweite Sache fixirt [1]).

F. In Rücksicht des commodum und periculum bei Eigenthumsübertragungen.

§. 430.

Unter periculum wird zwar im weitern Sinne jeder Unfall, der ein Recht oder einen Gegenstand trifft oder treffen kann, verstanden; insbesondre aber ist es der wirklich eintretende Unfall, welchem eine ins Eigenthum eines Andern zu übertragende Sache unterliegt. Hierbei entsteht die wichtige Frage, wer den eingetretenen Nachtheil zu tragen habe (periculum [2]) praestare). Die allgemeine Regel, abgesehen von obligatorischen Verhältnissen, ist, daß den Unfall an der Sache Niemand anders trägt, als derjenige, welcher die Sache noch in seinem Eigenthume hat; und dieß wird ausgedrückt durch [3]) casum sentit dominus oder (ganz gleichbedeutend) casum nemo praestat. Hieraus lassen sich die einzelnen Entscheidungen consequent ableiten. Hat Jemand durch einen besondern Grund (Schuld, oder Versprechen, oder Testament) den Unfall zu prästiren: so verhält sich dieß wie Ausnahme zur Regel. — Bei der Eigenthumsübertragung zufolge obli-

1) l. 115. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) Vergl. l. 24. D. quando dies leg. ced. (36. 2.) Cujacius ad l. 9. et 115. D. de V. O. Donelli comm. l. 15. c. 12.

2) Jedoch verstehen unsere Quellen in einigen Stellen ausnahmsweise darunter auch wohl die Anwendung alles möglichen Fleißes bei einer Sache, — welche Begriffe in einer natürlichen Verbindung stehen. l. 14. §. 1. D. de periculo et comm. (18. 6.) l. 14. §. 16. D. de furtis (47. 2.)

3) l. 23. D. de R. J. (50. 17.)

gatorischer Verhältnisse [1]) aber kommt noch vorzugsweise in Betracht: a) Wenn eine Sache durch Zufall zu Grunde geht, welche einem Andern zum Eigenthum übergeben werden soll (die Tradition mochte vorläufig schon geschehen seyn, oder nicht): so muß der Gläubiger den Schaden tragen und der Schuldner wird frei [2]); denn eine Verbindlichkeit des Letztern zur Entschädigung würde eine ganz andre Obligation voraussetzen. Da nun die Uebergebung zum Eigenthum unmöglich geworden ist: so hört diese Verpflichtung auf. Wenn jedoch durch die eigene, obwohl schuldlose Handlung des Promittenten diese Unmöglichkeit [3]) bewirkt worden ist, — oder wenn bei einer alternativen Verbindlichkeit nur einer [4]) der beiden Gegenstände nicht geliefert werden kann, — oder wenn die Obligation eine ganze [5]) Gattung Sachen begriff und daraus eine einzelne zu Grunde ging: so wird der Promittent nicht frei. Bei Ueberlassung von Sachen, welche noch ausgewählt oder gezählt, gemessen, gewogen werden müssen, geht daher erst mit der Auswahl und Zumessung u. dgl. die Gefahr auf den Promissar über [6]). b) Sollte der Zu-

1) l. 13. C. de A. E. V. (4. 49.) — Bei bloßen Gebrauchsgestattungen gilt die Lehre vom periculum des obligatorisch Berechtigten nicht (l. 19. §. 6. D. locati (19. 2.), auch nicht bei versprochenen Dienstleistungen (l. 15. §. 6. D. eodem).

2) l. 33. l. 51. l. 83. §. 5. l. 91. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) l. 92. l. 107. D. de solut. (46. 3); der Gläubiger ist dann, des Untergangs der zu empfangenden Sache ungeachtet, zur Gegenleistung verpflichtet. §. 3. I. de emt. et vend. (3. 24.)

3) l. 25. §. 2. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) l. 63. D. de legat. II. (31.)

4) l. 34. §. 6. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 10. fin. D. de jure dot. (23. 3.)

5) §. 2. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) l. 42. D. de jure dot. (23. 3.) Ob bei Hingabe eines Versprochenen oder Zurückgabe eines Empfangenen, ist gleichgültig.

6) l. 1. §. 1. D. de peric. et comm. (18. 6.) l. 2. eod. (4. 48.) l. 35. §. 5. D. de contr. emt. vend. (18. 1.) l.

fall zwar keine Vernichtung, jedoch eine Beschädigung der Sache hervorgebracht haben, so treten dieselben Grundsätze mit denselben Ausnahmen wie unter Nro. a. ein [1]). c) Wenn ein Zufall Unkosten nöthig gemacht hat, um die Sache vor dem Untergange oder der Verschlechterung zu bewahren: so muß der Empfänger [2]), wenn ihm Eigenthum übertragen werden soll, diejenigen solcher Unkosten, welche seit Perfectwerdung der Obligation verwandt sind [3]), ersetzen oder selbst anwenden. — d) Confiscation hat das Eigene, daß sie bis zur Tradition immer noch den Promittenten trifft [4]).

Unter commodum versteht man die Nebenvortheile [5]), welche eine Sache oder ein Geschäft mit sich führt; es ist das Correlat des periculi auch in den Folgen. Denn [6]) wer das periculum trägt, dem kommt auch, wiederum ohne Rücksicht auf die schon erfolgte Tradition, in der Regel das commodum zu; ein Grundsatz, nach welchem

58. §. 1. D. pro socio (17. 2.) v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1036. S. 185 ff.

1) l. 2. C. de peric. et comm. (4. 48.) l. 33. §. 1. D. de solut. (46. 3.) Bei bedingten Geschäften jedoch muß zum Zwecke der Geltung des Vertrags im Augenblick des Eintritts der Bedingung noch Etwas von der Sache, die Object des Vertrags ist, vorhanden seyn; folglich trägt bei ihnen der Promittent die Gefahr des Untergangs der Sache, der Promissar aber die Gefahr der Verschlechterung. l. 8. pr. D. de peric. et comm. (18. 6.) l. 16. §. 5. D. de jure dot. (23. 3.)

2) Dagegen der Empfänger, welchem bloß ein Benutzungsrecht eingeräumt wird, trägt die Unkosten nicht.

3) l. 13. §. 22. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 16. C. de A. E. V. (4. 49.) l. 8. pr. D. de peric. et comm. (18. 6.)

4) l. 33. D. locati (19. 2.) Marani Parat. ad P. lib. 18. tit. 6. Noodt ibid.

5) l. 13. §. 13. D. de A. E. V. (19. 1.) Außer den gewöhnlichen Accessionen auch der Schatz, der auf dem Grundstücke nach perfectem Contracte gefunden wird. v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1038. S. 190 f.

6) §. 3. med. I. de emt. et vend. (3. 24.) l. 7. pr. D. de peric. et comm. (18. 6.) l. 12. C. de A. E. V. (4. 49.) l. 22. §. 3. fin. C. de furtis et serv. corr. (6. 2.)

sich die einzelnen Fälle beurtheilen lassen. — Zu bemerken ist noch, a) daß diesem Grundsatze gemäß zum commodum einer Sache auch die Klagen gehören, welche auf dieselbe erworben sind, und der aus ihnen entspringende Nebenvortheil; mithin muß derjenige, welcher die Sache zum Eigenthume zu übertragen hat, dem Empfänger auch die seit Vollendung der Obligation auf die Sache erworbenen [1]) Klagen abtreten. b) Die Früchte einer Sache gehören zum commodum, aber wem sie zukommen, ist nach den rechtlichen Umständen verschieden. Hat man ein Recht auf Zurückgabe einer Sache, so muß der Verpflichtete alle Früchte, welche er während des Besitzes gezogen hat, sofern er nicht nach dem Wesen seines obligatorischen Verhältnisses zum Berechtigten auf Früchte ein besonderes Recht hatte, herausgeben oder ersetzen [2]); und ist er in mala fide, so muß er sogar auch diejenigen ersetzen, welche der Berechtigte von der Sache hätte ziehen können. Wird aber nicht auf Zurückgabe geklagt und ist die Klage eine actio stricti juris: so können [3]) die Früchte erst von Zeit der erhobenen Klage gefordert werden, mag der Beklagte auch schon früher in mora gewesen seyn. Ist die nicht auf Zurückgabe gerichtete Klage bonae fidei, so geht das Recht des Klägers auf alle Früchte schon von der Vollendung seines Rechts auf Leistung der Hauptsache an [4]).

1) l 13. §. 12. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 16. pr. D. de aqua et ap. pl. arc. (39. 3.) l. 11. §. 8—10. D. quod vi aut clam (43. 24.) l. 14. pr. D. de furtis (47. 2.)

2) l. 38. §. 1—6. §. 10. 11. D. de usuris (22. 1.) l. 173. §. 1. D. de R. J. (50. 17.) Donelli comm. 14, 3.

3) Dann aber omnis causa, folglich fructus percepti und percipiendi. l. 2. l. 3. §. 1. l. 38. §. 7. D. de usuris (22. 1.) l. 78. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

4) l. 13. §. 10. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 38. §. 3. 9. 14. 15. D. de usuris (22. 1.) l. 13. l. 16. C. de A. E. V. (4. 49.)

Der Verpflichtete muß, wenn er omnem diligentiam zu präſtiren verbunden war, alle vom Berechtigten möglicher Weiſe zu ziehenden Früchte erſetzen; war er zu einem ſolchen Grade von Sorgfalt nicht verbunden, ſo giebt er bloß ſoviel von den Früchten heraus, als zur Zeit des vollendeten Contracts [1]) noch nicht ſeparirt war. — Bei dieſen Regeln werden Civilfrüchte [2]), namentlich auch Mieth- und Pachtgelder, folgerecht eben ſo angeſehen, wie natürliche Früchte; und es iſt unrichtig, wenn Einige bei der Miethe und Pacht nach der Analogie des Usufructus annehmen wollen, derjenige bekomme von einem gewiſſen Zeitraume die Mieth- und Pachtgelder [3]), welcher in demſelben den natürlichen Gebrauch gehabt haben würde. Denn bei dieſer Behauptung iſt überſehen, daß zwiſchen dem Nutznießer und dem Proprietar kein obligatoriſches Verhältniß exiſtirt, welches doch in dem obigen Falle ganz allein in Betracht kommt. Man hat daher lediglich auf den Termin des Fälligwerdens der Mieth- und Pachtgelder zu ſehen [4]); was vor Vollendung des Contractes zu Uebertragung des

1) l. 2. fin. D. de usuris (22. 1.) l. 2. fin. C. de act. E. V. (4. 49.) l. 9. D. de peric. et com. (18. 6.) l. 13. §. 10. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) l. 13. §. 13. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 39. §. 1. D. de legat. I. (30.)

3) Daß der neue Eigenthümer vermöge ſeines Realrechts den Pachter ꝛc. austreiben kann, welcher nur mit dem Voreigenthümer contrahirt hat, verſteht ſich nach gemeinem Rechte von ſelbſt, gehört aber nicht in die Lehre vom periculum und commodum, und eben ſo wenig gehört dahin die Ausnahme, daß der Käufer eines fiscaliſchen Grundſtücks den Pachter, welcher mit dem Fiscus contrahirt hatte, nach Röm. Fiscalrechte nicht austreiben durfte.

4) l. 50. D. de jure fisci (49. 14.) l. 13. §. 11. D. de A. E. V. (19. 1.) Die letztere Stelle ſpricht die Pachtzahlungen (pensiones) bloß dem Verkäufer zu; aber ſie unterſcheidet überhaupt keinen Zeitpunct und muß daher von Terminen zu verſtehen ſeyn, welche vor Vollendung des Contracts fällig geworden ſind. Voorda in not. ad J. a Costa prael. ad illust. quosd. tit. p. 337. v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1038. S. 196. u. Not. 74.

Eigenthums fällig wird, gehört dem Promittenten; das was nachher fällig wird, dem Promissar.

III. Besondere Regeln der Geschäfte mit Restitution der nämlichen Sache.

§. 430. a.

Ueber die Geschäfte mit Restitution der nämlichen Sache, welche vorher dem Restituenten gegeben worden war, z. B. Commodat, Depositum, Versetzung, Verpachtung u. dgl. gelten außer dem, was §. 430. schon vorgekommen, noch folgende Grundsätze: a) sie können auch [1]) fremde Sachen betreffen, d. i. welche nicht im Eigenthume des Gebenden waren und also an den Nichteigenthümer vom Restituenten zurückgestellt werden sollen. Meldet sich dann aber vor der Restitution der wahre Berechtigte, und war der Gebende unrechtlicher Weise zu der Sache gekommen: so kann dieser die Restitution nicht mehr fordern [2]). b) Verliert der Empfänger die Sache, welche er restituiren soll, ohne sein Verschulden, an einen Dritten: so giebt er nur dasjenige heraus, was er von dem Dritten für die Sache empfing [3]) oder cedirt dem, welcher Restitution verlangen kann, die Klage gegen den Dritten. Verliert der zur Restitution Verpflichtete eine solche Sache aber durch seine Schuld, so hält sich der Geber [4]) wegen seines ganzen Interesse an jenen; sollte aber die Sache an den Geber wieder zurückkommen, so kann er bloß [5]) einfach diese

1) l. 15. l. 16. D. commod. (13. 6.)

2) l. 31. pr. §. 1. D. depos. (16. 3.) v. Glück Pand. Bd. 13. §. 857. S. 457.

3) l. 1. §. 47. l. 2—4. D. depos. (16. 3.)

4) l. 5. §. 12. D. comm. (13. 6.) l. 25. §. 8. l. 60. §. 2. D. locat. (19. 2.)

5) l. 17. §. 5. D. commod. (13. 6.)

und omnis causa behalten. c) Wird dem Empfänger in einem der mit Restitution der nämlichen Sache verbundenen Geschäfte diese mit Ansetzung eines Preises (aestimatio) überliefert (ästimatio taxationis causa): so trägt der Empfänger die Gefahr und muß die Sache, — eine „eiserne" genannt, — falls sie vernichtet oder schlechter wird, nach dem angesetzten Preise [1]) vergüten, wird aber nicht sogleich Eigenthümer derselben. Etwas anderes ist die ästimatio venditionis causa, eine zum Zwecke des (entweder ausdrücklich verabredeten oder gesetzlich [2]) angenommenen) eventuellen Verkaufs unter den Theilen beliebte Schätzung der geleisteten Sache bei einem regelmäßig auf Restitution der nämlichen Sache gerichteten Geschäfte. Bei letzterer Aestimation geht das [3]) Eigenthum der Sache auf den Empfänger über. — Mit der Einwendung [4]), er sey Eigenthümer und brauche daher nicht zu restituiren, wird der auf Restitution verklagte Empfänger erst nach der Restitution gehört, falls sein besseres Realrecht nicht schon erwiesen ist.

1) l. 5. §. 3. D. eod. — l. 54. §. 2. D. locat. (19. 2.) l. 1. §. 1. D. de aestim. (19. 3.)

2) Das Röm. Recht nennt hier die Uebergabe eines instrumentum aestimatum an den Pachter l. 3. D. locati (19. 2.) und der dos aestimata l. 10. §. 4. 5. l. 69. §. 7. de jure dotium (23. 3.)

3) l. 10. §. 6. l. 11. D. eodem.

4) l. 25. C. loc. cond. (4. 65.) Weber Beitr. z. Klag. u. Einr. St. 2. 3. Nr. 14.

Dritter Abschnitt.

Vom Verhüten einer Verkürzung durch Verträge.

I. Vom aedilitium edictum [1]).

A. Verbindlichkeit daraus.

1. Nach den innern Bedingungen.

§. 431.

Zur Verhütung einer Verkürzung eines der Contrahenten bei zweiseitigen Verträgen dienen die Institute a) des Edicts der Aedilen, b) der Evictionsleistung, c) der Rescission des Vertrags wegen Verletzung über die Hälfte; von denen das Haften nach dem Edicte und die Evictionsleistung sehr viel Analoges haben, und sich oft gegenseitig erläutern. — Bei onerosen Geschäften muß zwar schon contractmäßig für Eviction und Fehler eingestanden werden; doch veranlaßten die Aedilen noch ein besonderes von der Marktpolizei ursprünglich ausgehendes Edict, nach welchem [2]) der Tradent durch die Tradition der vertragsmäßig einem Andern zum Eigenthume überlassenen Sache noch nicht frei wird, sondern auch für Fehler [3]) haften muß, und zwar bei den meisten Arten von Sachen und

1) v. Glück Pand. Bd. 20. S. 1—168. Neustetel in dessen u. Zimmern Röm. r. Unters. Bd. 1. Nr. 9. S. 155—254. Archiv f. civ. Praxis Bd. 6. Nr. 3. v. Unterholzner.

2) l. 1. §. 2. D. de aed. ed. (21. 1.) Schweppe Rechtsgeschichte. §. 300.

3) l. 1. §. 1. u. 7. l. 38. pr. D. de aedilit. edict. (21. 1.) Aus der Vorschrift des Edictes, welche sich ursprünglich bloß auf Sclaven und Lastthiere bezog, ist späterhin eine Ausdehnung auf andere Fälle gemacht. l. 1. pr. l. 49. l. 63. pr. D. eod.

Geschäften. Auch waren dabei dem Acceptanten die erforderlichen Rechtsmittel zugestanden. Der Tradent haftet dem Acceptanten selbst ohne ein besonderes Versprechen, haften zu wollen, und auch dann, wenn der Leistende die Fehler der geleisteten Sache zur Zeit der Uebergabe nicht [1]) gekannt hat. Die Verbindlichkeit betrifft im Allgemeinen sämmtliche Fehler oder ungewöhnlichen Mängel der Sache [2]), d. i. die nachtheiligen Abweichungen von der regelmäßigen Beschaffenheit. Als Norm der Regelmäßigkeit, über welche uns unsere Quellen wenig mehr, als eine Menge Beispiele, von Sclaven hergenommen, darbieten, — dient im einzelnen Falle weiter nichts [3]) als vernünftige Beurtheilung der Natur der Sache selbst; indessen sind im gemeinen Leben hiernach bei vielen Dingen gewisse Regeln angenommen, und zwar sowohl bei lebendigen Gegenständen (deren Fehler als Krankheiten, morbi, betrachtet werden), als bei andern beweglichen und bei [4]) unbeweglichen Sachen. Die Fehler müssen übrigens, wenn der Schutz des ädilischen Edicts soll in Anspruch genommen werden können, a) schon zur Zeit der Eingehung [5]) des Vertrags vorhan-

1) l. 1. §. 2. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 45. D. de contr. emt. (18. 1.)

2) Die Fehler müssen aber an der Sache selbst sich finden, nicht an den daran haftenden Rechten; nur wenn auf dem überlassenen Thiere noch eine Verbindlichkeit de pauperie haftet, ist dieß Rechtsverhältniß als Fehler des Thieres anzusehen. l. 1. §. 1. init. l. 17. §. 17. l. 44. §. 2. D. de aedil. ed. (21. 1.) l. 11. §. 8. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 14. C. de act. E. V. (4. 49.)

3) Bei Eigenschaften, über welche keine Regeln im gemeinen Leben vorhanden sind, können auch keine Fehler Statt finden. l. 11. D. de aed. ed. (21. 1.)

4) l. 49. D. eodem. Ueber Gespenster s. Stryk de jure spectr. Hal. 1700. Thomasius de non rescind. contr. loc. cond. ob metum spectr. Hal. 1711. v. Glück Pand. B. 17. §. 1058. S. 480 f. Hagemann prakt. Erörterungen. Bd. 7. Nr. 87. über Wanzen.

5) Waren sie erst nachher entstanden, wenngleich vor der Tradition, so haftet der Auctor dafür nicht. l. 54. D. de aed.

den gewesen seyn, welches der [1]) Kläger zu beweisen hat. Dabei ist es unstreitig genug, wenn der Grund des Fehlers vor Abschluß des Vertrags schon vorhanden war. Im einzelnen Falle ist dieß sehr schwer nachzuweisen; deßhalb haben Particularrechte für verschiedene Sachen Termine gesetzt, binnen welchen sich der Fehler gezeigt haben muß. b) Die Fehler müssen von einiger [2]) Erheblichkeit seyn und daher Einfluß auf die Tauglichkeit und den Werth der Sache haben. — Ob es übrigens bleibende Fehler [3]) oder vorübergehende Mängel sind, ist zu Anwendung des Edicts gleichgültig; auch fällt der im Röm. Rechte bei Sclaven wichtige Unterschied zwischen Körper- und Gemüthsfehlern [4]), bei Thieren weg. — Außer den wirklichen Fehlern wird als Fehler betrachtet, was der Promittent als Vorzüglichkeit von der zu leistenden Sache versprochen hat (dicta promissave) [5]) und was sich an ihr nach der Uebergabe dennoch nicht findet; wobei es gleichgültig ist, ob das Versprochene die Freiheit von gewissen Fehlern oder das Daseyn bestimmter [6]) Vorzüge, ob es physische Eigenschaften oder Rechtsverhältnisse betroffen hat.

ed. (21. 1.) l. 3. C. de aed. action. (4. 58.)

1) l. 4. D. de prob. (22. 3.)

2) l. 1. §. 8. l. 4. §. 6. l. 10. §. 2. l. 11. D. de aed. ed. (21. 1.)

3) l. 6. pr. D. eodem.

4) l. 1. §. 10. l. 43. pr. D. eod. Schweppe Rechtsgeschichte a. a. O.

5) l. 18. pr. l. 19. §. 2. D. eodem.

6) l. 17. §. 20. l. 19. §. 1. l. 38. §. 10. l. 52. D. de aed. edict. (21. 1.) Das Versprochene muß aber bestimmt angegeben und dann doch nicht einmal in einem mittelmäßigen Grade vorhanden seyn, wenn das Edict geltend gemacht werden soll. Also allgemeine Lobpreisungen nach Art der Verkäufer, wenn sie nicht dolose gemacht sind, reichen zur Anwendung des Edicts nicht hin. l. 18. pr. §. 1. 2. l. 19. pr. §. 3. D. eod. l. 37. D. de dolo malo (4. 3.) Das Versprochene kann auch nie in der höchsten Vollkommenheit verlangt werden, sofern diese nicht ausdrücklich bedungen oder angelobt war. l. 18. pr. l. 19. §. 4. D. de aedil. ed. (21. 1.)

Zu den Fehlern rechnet man endlich auch noch bei Uebergabe von Thieren den Mangel derjenigen Zierden (ornamenta), welche der Promittent entweder mit abzuliefern versprochen oder welche er zum Contractsabschluß dem Thiere angelegt hat [1]). — Das ädilische Edict behandelte es den Fehlern gleich, wenn der Promittent sich weigerte, folgende Versprechungen, sofern sie der Promissar gleich bei Eingehung des Geschäfts forderte, zu leisten (repromissiones) [2]): a) daß die Sachen richtig geliefert werden [3]), b) daß sie fehlerlos seyn [4]), c) daß, falls sie dem Acceptanten demnächst entwährt würde, dafür eingestanden werden (Evictionsleistung geschehen) [5]) solle (s. §. 440.). Bei uns sind diese **repromissiones** außer Gebrauch.

2. Nach dem äußern Umfange.

§. 432.

Das Edict erstreckt sich auf alle Sachen [6]) ohne Ausnahme, bewegliche und unbewegliche; namentlich auch auf das Ganze [7]) sowohl als auf einzelne Theile der versprochenen Sache und auf die Hauptsache [8]), wie auf die

1) l. 38. pr. §. 11. D. eodem.

2) l. 28. D. eodem. l. 60. D. de eviction. (21. 2.) Die Caution, welche der Käufer vom Verkäufer fordern konnte, mußte für den Fall, daß der verkaufte Sclav ein Dieb oder einer noxa unterworfen wäre, auf das Doppelte gerichtet seyn. Die Klage daraus war ex stipulatu und neben ihr konnte noch aus dem Contracte auf das Interesse geklagt werden. l. 4. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 3. D. de eviction. (21. 2.)

3) l. 14. C. de A. E. V. (4. 49.)

4) l. 31. D. de eviction. (21. 2.)

5) l. 37. §. 1. D. eodem. l. 62. D. de aed. ed. (21. 1.)

6) l. 1. pr. l. 48. §. 6. l. 49. l. 63. D. de aedil. ed. (21. 1.) l. 10. l. 46. §. 1. D. de evictionib. (21. 2.)

7) arg. l. 23. §. 1. D. de usurp. (41. 3.) l. 36. D. de evict. (21. 2.)

8) l. 32. l. 33. pr. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 27. l. 54. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.)

Accessionen, sofern [1]) letztere besonders versprochen sind. — Ist bei einem factischen Ganzen der größte Theil (z. B. einer Heerde) fehlerhaft, so wird das Ganze (die ganze Heerde) dem Edict unterworfen. Die einzelnen Sachen eines solchen factischen Ganzen kommen nur in Betracht, wenn der Käufer auf dieselben Rücksicht genommen hat, also wenn sie beim Vertragsabschlusse besonders besehen oder erwähnt sind, oder der Verkauf nach einem Verzeichnisse erfolgte oder auch der Natur dieses Ganzen nach (z. B. bei einem Spanne Pferde, bei einer Maschine) das Einzelne nicht fehlerhaft seyn darf ohne den Begriff [2]) des Ganzen aufzuheben. Umfassende gesetzliche Bestimmungen über die universitas facti haben wir beim edictum aedilitium nicht. Bei der Ablieferung eines juristischen Ganzen [3]) macht dagegen der Fehler des Einzelnen nichts aus, weder bei einer hereditas, noch einem peculium. — Das Edict der Aedilen kommt unter allen Arten der Geschäfte am meisten beim Kauf vor, aber es gilt auch für alle andern onerosen Verträge, welche auf Uebertragung dinglicher Rechte [4]) gerichtet sind; daher auch bei gerichtlichen und außergerichtlichen Theilungen [5]), nur nicht bei den Verträgen ohne Gegenleistung (z. B. Schenkung) und

1) Denn für die natürlichen oder nicht versprochenen haftet der Verkäufer nicht. l. 54 §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 33. D. de aedil. edict. (21. 1.) Vergl. l. 27. D. de A. E. V. (19. 1.) und l. 32. 33 init. D. de aed. ed. (21. 1.) Die „eingegrabenen Fässer" der l. 54. cit. sind als natürliche Pertinenzen anzusehen.

2) l. 34. pr. §. 1. D. eodem.

3) l. 14. §. 1. D. de her. vel act. vend. (18. 4.) l. 33. pr. D. de aedil. ed. (21. 1.) verbis: „eandem rationem facere." l. 1. C. de eviction. (8. 45.) l. 5. Dig. eod. (21. 2.)

4) l. 1. §. 1. l. 2. D. de rer. permut. (19. 4.) l. 19. §. 5. D. de aedil. edicto (21. 1.) l. 4. l. 29. C. de evictionib. (8. 45.)

5) l. 10. §. 2. D. comm. div. (10. 3.) l. 66 §. 3. D. de eviction. (21. 2.) l. 14. C. famil. ercisc. (3. 36.)

auf bloß persönliche Verbindlichkeiten [1]), z. B. Miethe. Bei letztern liegt die Verpflichtung zu fehlerfreier Erfüllung schon im Contracte selbst. Ueber Schenkungen aber ist viel gestritten. Ausgemacht ist, daß der Schenker, wenn er in dolo war, den durch die geschenkte fehlerhafte Sache hervorgebrachten positiven Schaden [2]) ersetzen muß. Dagegen haftet er bei andern Schenkungen, soweit sie reine Schenkungen sind, für die Fehler der geschenkten Sache nicht (vgl. unten bei der Evictionsleistung §. 438.).

B. Rechtsmittel daraus.

§. 433.

Ist Jemand durch Fehler auf die erwähnte Art (s. §. 431. 432.) verkürzt: so giebt ihm das ädilische Edict eine Klage auf Aufhebung des Contracts [3]) (actio redhibitoria, Wandelklage), nach welcher der Käufer den Kaufpreis und der Verkäufer die Sache zurückerhalten muß; und eine Klage auf Minderung der Gegenleistung [4]) (actio aestimatoria quanti minoris), bei fehlenden Vorzügen [5]) vielleicht noch besonders mit dem technischen Namen actio de eo, quod adversus dictum sit, bezeichnet. Damit ist aber eine Klage [6]) auf Ersatz des Interesse nicht verbunden. Jene beiden Rechtsmittel können nicht vereinigt werden, sondern stehen zur Wahl [7]) dem Verkürzten frei, ohne

1) l. 19. §. 1. D. locati (19. 2.) l. 63. D. de aedil. ed. (21. 1.)

2) l. 62. D. de aedil. ed. (21. 1.) l. 18. §. 3. D. de donation. (39. 5.)

3) l. 28. D. de aed. ed. (21. 1.)

4) l. 18. pr. D. eod.

5) l. 47. pr. D. eodem.

6) Donelli comm. lib. 13. c. 3. A. M. wegen l. 1. §. 1. in fin. D. eodem ist Noodt ad P. lib. 21. tit. 1.

7) l. 18. pr. D. eod. l. 25. §. 1. D. de except. rei jud. (44. 2.)

(wie es schon von den ältern [1]) Praktikern behauptet ist) auf die actio quanti minoris bei Nebenfehlern, welche die Sache nicht unbrauchbar machen, beschränkt zu seyn. Diese irrige Beschränkung ist übrigens aus der gewöhnlichen Praxis in mehrere Particularrechte [2]) übergegangen. Wenn der Verkäufer aber durch die actio quanti minoris zu großen Schaden leiden würde, kann der Käufer bloß redhibitorisch klagen [3]); oder vielmehr die actio quanti minoris führt dann zufällig auf gänzliche Rücknahme, wenn sich findet, die Sache sey gar nichts werth. — Die Klage geht gegen den nächsten Ueberlassenden (auctor), denn jede Obligation gilt nur unter den Contrahenten [4]) Sollten hierdurch mehrere Regresse von Einem an den Andern veranlaßt werden, so hilft man sich durch Cession der Klagen an den nächsten Vormann. Außer dem auctor haften auch dessen Bürgen [5]). — Wenn Jemand eine Sache in fremdem Namen veräußert hat, so haftet nicht er, sondern [6]) der Principal; verkauft also der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache [7]), so haftet statt seiner der Pfandschuldner für die Fehler der Sache; mithin haftet im Concursverkaufe [8]) der Gemeinschuldner.

Die Grundsätze der actio redhibitoria sind übrigens

1) Dieß ist ganz gegen die Worte des Edicts. l. 1. §. 1. l. 38. pr. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 10. §. 3. l. 12. §. 1. 3. l. 14. §. 3. 6. 8. D. eod. v. Feuerbach, civil. Vers. Thl. 1. Abh. 2. v. Glück Pand. Bd. 20. §. 1111. S. 117. f. A. M. ist Stryk us. m. 21. 1. §. 11. u. 38.

2) Eichhorn Deut. Priv. R. §. 95.

3) l. 43. §. 6. D. eod. l. 25. §. 1. D. de exc. rei jud. (44. 2.)

4) l. 59. D. de evict. (21. 2.)

5) l. 41. §. 2. D. eod. l. 7. l. 18. C. eod. (8. 45.)

6) l. 50. l. 66. §. 3. D. eod. l. 67. D. de procurat. (3. 3.)

7) l. 11. §. 16. D. (19. 1.) de A. E. V. l. 10. l. 12. §. 1. D. de distract. pign. (20. 5.) l. 1. 2. C. creditorem eviction. (8. 46.)

8) l. 13. C. de evict (8. 45.)

folgende: A) Der Kläger muß die Sache mit deren früheren und noch bei ihm hinzugekommenen Zubehören, Früchten und Vortheilen zurückgeben [1]), sie von allen durch ihn darauf gelegten [2]) Lasten befreien, und hat dagegen, sobald dieß geschehen [3]), ein Rückforderungsrecht auf den Preis nebst den vom Gegner gezogenen Zinsen [4]) desselben, und auf Alles, was bei Schließung des Handels ausgegeben worden [5]) (mit Ausnahme bloß freiwilligen Aufwandes). Hat der Kläger nöthige oder nützliche Verwendungen auf die Sache gemacht, so erhält er auch diese [6]) ersetzt; jedoch werden Futterungskosten der Thiere gegen den Gebrauch der Sache, welchen der Kläger gehabt haben kann, compensirt und überhaupt beides nicht erstattet [7]). Handelte der Auctor dolose, so muß er dem Erwerber, sofern dieser Schaden von dem Geschäfte hatte, den ganzen durch dieß Geschäft hervorgebrachten Schaden ersetzen; ohne Arglist ist der Auctor aber nur zum Ersatz des durch die überlassene Sache selbst verursachten Schadens verbunden und kann statt Ersatzes die Sache selbst [8]) hingeben. —

1) l. 21. pr. l. 23. §. 2. l. 31. §. 2—4. §. 19. l. 43. §. 5. D. de aedil. ed. (21. 1.) Wegen der gezogenen und der vernachlässigten Früchte, welche der Kläger auch restituiren muß, s. l. 1. §. 1. l. 23 §. 9. D. eodem.

2) l. 21. §. 1. l. 43. §. 8. D. eodem. Den, nicht bloß durch Zufall, beim Kläger der Sache zustoßenden Schaden, muß er ersetzen l. 46. D. eod.; und haftet dabei für culpa omnis seiner selbst, seiner Angehörigen, Stellvertreter und Vorgesetzten l. 23. pr. l. 25. pr. §. 1—8. l. 31. §. 11—15. D. eodem.

3) Oder vom Käufer Caution, daß er restituiren wolle, gemacht worden ist. l. 25. §. 9. 10. l 26. l. 29. pr. §. 3. D. de aedil. ed. (21. 1.)

4) l. 27. l. 29. §. 2. l. 45. D. eodem.

5) l. 27. D. cit. Pufendorf T. 4. obs. 118.

6) l. 29. §. 3. D. eodem; jedoch nur sofern er nicht vorzieht, dem Käufer die Sache statt des Ersatzes der Verwendungen ganz zu überlassen; womit dieser sich begnügen muß. Donell. tract. de aedil. edict. c. 5.

7) l. 30 §. 1. D. eodem.

8) l. 45. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 13. pr. §. 1—3. D.

Rechtliche Lasten, welche der Kläger wegen des Geschäftes oder des Gegenstandes übernommen hatte, müssen [1]) ihm vom Beklagten abgenommen werden. B) Sind mehrere Sachen vereint überlassen, so zieht [2]) ausnahmsweise auch ein partieller Fehler Redhibition des Ganzen nach sich, wenn keine Trennung des Fehlerhaften, ohne das Ganze als solches zu zerstören, möglich seyn sollte. C) Einer von mehreren Käufern in demselben Vertrage über denselben Gegenstand kann seinen Antheil an der gekauften Sache nicht allein redhibiren, der auctor ist jedoch den Ersatz Jedem [3]) der Erwerber pro rata schuldig. Einem von mehreren Verkäufern kann dessen Antheil allein redhibirt [4]) werden; ja sogar auf das Ganze geht die Klage gegen einen der mehreren Verkäufer, sobald dieser nur nicht einen kleinern Antheil hatte, als die übrigen Verkäufer. D) Ist die Sache in den Händen des Klägers durch dessen culpa lata oder levis umgekommen oder schlechter geworden, so fällt die Redhibition weg; ist die Sache zufällig zu Grunde [5]) gegangen oder deteriorirt oder dem Kläger [6]) evincirt: so findet die Klage dennoch Statt. — Eine Antiquität ist, daß, wenn der Beklagte nicht noch vor dem Endurtheil das arbitrium judicis erfüllte, die Klage poenalis wurde und dann die Verurtheilung auf das Doppelte ging [7]). — Die actio quanti minoris ist gerichtet auf

de A. E. V (19. 1.) l. 23. §. 8. l. 31. pr. l. 58. pr. §. 1. D. de aed. edict. (21. 1.) l. 1. C. de aedil. action. (4. 58.) v. Glück Pand. l. c. §. 1111. S. 86—91.

1) l. 29. § 1 D. eodem.

2) l. 33. §. 1. l. 34. §. 1. l. 35. 36. 38. § 12 14. l. 39. l. 40. l. 64. pr. §. 1. D. eodem.

3) l. 31. §. 5—7. D. eodem.

4) l. 31. §. 10. l. 44. §. 1. D. eodem.

5) l. 31. §. 11. 12. l. 47. §. 1. l. 48. pr. D. eodem.

6) l. 44. §. 1. D. eodem.

7) l. 23. §. 4. l. 45. D. eodem. v. Glück Pand. Bd. 20. §. 1111. S. 105 f.

Verminderung des Preises nach Verhältniß des durch den Fehler für den Kläger verringerten Werthes der Sache und kann so oft angestellt werden, als sich neue Fehler [1]) entdecken; auch kann bei derselben Sache die redhibitoria auf die quanti minoris noch folgen, nur nicht wegen eines und desselben Fehlers. — Beide Klagen finden gegen mehrere Verkäufer pro rata Statt, wenn jeder von ihnen seinen bestimmten Theil verkauft hat; haben sie aber gemeinschaftlich die Sache verkauft, so haften sie dem Käufer in solidum [2]). — Auch sind sie nur kurzdauernde Klagen, die redhibitoria von sechs, die quanti minoris von zwölf Monaten [3]), welche Zeiten anfangen von der geschehenen Veräußerung oder der geschehenen Cautionsleistung, und ihrem Laufe nach als tempora utilia berechnet werden [4]). Wegen nicht gelieferter Ornamente insbesondre hat der Käufer theils eine Klage auf Ablieferung, theils die redhibitoria, jede aber nur zwei Monate lang [5]). Hat der Verkäufer die Sache zurückzunehmen versprochen und, wie wenigstens das Röm. Recht fordert, dieß Versprechen wirklich erfüllt: so hat der Käufer eine actio in factum auf die Rückgabe seiner Leistung [6]), und es kommt dabei nicht weiter darauf an, ob die Fehler gefunden oder Termine, von denen das Edict redet, beobachtet worden.

1) l. 31. §. 16. l. 48. §. 7. D. de aedil. ed. (21. 1.) l. 25. §. 1. D. de exc. rei jud. (44. 2.)

2) l. 31. §. 10. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 39. §. 2. D. de eviction. (21. 2.)

3) l. 19. §. 6. l. 38. pr. l. 48. §. 2. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 2. C. eod. (4. 58.) Wegen der nicht geleisteten promissiones dauerte die erstere nur zwei, die letztere nur sechs Monate. Auch dauert die redhibitoria nur zwei Monate, wenn aus einem besonders vorbehaltenen pactum displicentiä, oder wenn wegen nicht geleisteter Nebensachen und Zubehöre geklagt wird. l. 28. l. 31. §. 22. l. 38. pr. D. eodem.

4) l. 19. §. 6. l. 55. D. eodem.

5) l. 38. pr. D. eodem.

6) l. 31. §. 17. 18. D. eodem.

C. Ausnahmen des Edictes.

§. 434.

Das Edict kommt nicht zur Anwendung, a) wenn der Erwerber den Fehler [1]) kennt, oder dieser ein offenbarer ist und von dem Käufer auch bei geringer Aufmerksamkeit hätte erkannt werden müssen [2]). Für einen kunstverständigen Käufer gilt dieß strenger, als für einen ununterrichteten; doch braucht sich überhaupt kein Käufer auf Untersuchung einzulassen [3]). b) Ferner kann das Edict nicht schützen, wenn von den durch den Promittenten angerühmten Vorzügen das Gegentheil klar in die [4]) Augen fällt; denn in solchen Fällen wird das Versprechen auf die übrige Fehlerfreiheit der Sache bezogen. c) Desgleichen wenn der Verkäufer erklärt [5]), er wolle nicht für die Fehler der Sache haften, oder sie einzeln ausnimmt und die ihm bekannten Mängel anzeigt. d) Die redhibitoria fällt bei unbedeutenden [6]) Sachen weg. e) Beim Verkauf durch den Fiscus [7]) finden beide Klagen keine Anwendung. f) Das Edict kann auch nicht Statt finden, wenn von dem Erwerber auf dasselbe [8]) verzichtet ist; jedoch nur insofern der Verkäufer [9]) dabei nicht dolose gekannte Fehler verschwieg.

1) l. 48. §. 4. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 9. fin. C. de A. E. V. (4. 49.) l. 27. C. de eviction. (8. 45.) l. 1. fin. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) l. 15. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 1. §. 6. l. 14. §. 10. l. 48. §. 3. D. de aed. ed. (21. 1.)

3) l. 1. §. 6. l. 14. §. 10. D. eodem.

4) l. 43. pr. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

5) l. 14. §. 9. D. de aed. ed. (21. 1.)

6) l. 48. §. 8. D. eodem.

7) l. 1. §. 3. 4. D. eodem.

8) l. 11. §. 18. D. de A. E. V. (19. 1.), in welcher Stelle Ulpian der Meinung Julians, daß der Kaufpreis zurückgegeben werden müsse, keineswegs beitritt.

9) l. 14. §. 9. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 1. §. 1. l. 6. §. 9. l. 11. §. 18. fin. l. 39. D. de A. E. V. (19. 1.)

D. Erweiterung des Edicts durch die Contractsklagen [1]).

§. 435.

In den Fällen, in denen dem Verkürzten der Fehler der Sache wegen, die er empfangen, ädilische Klagen zu Gebote stehen, kann er sich allerdings auch der Civilklagen aus dem Contracte [2]) bedienen, unter Umständen auf Aufhebung des Geschäftes sowohl, als vorzüglich auf Verminderung der Gegenleistung; ja man läßt sie, ohne Rücksicht auf die [3]) Verjährungsfristen der ädilischen Klagen zu nehmen, wegen solcher Fehler [4]) und bei solchen Contracten zu, welche das Edict nicht in Betracht ziehet. Selbst eine den Aedilen ganz unbekannte Klage auf das Interesse gilt gegen den im Kennen [5]) und Verschweigen von Fehlern oder im Versprechen von [6]) Fehlerlosigkeit dolosen Promittenten, und gegen denjenigen, welcher die Sache wissentlich zu einem Zwecke überließ [7]), dem sie nur fehlerlos hätte genügen können. — Auch wegen Mangels der der Sache angerühmten [8]) Vorzüge findet vorstehender Gebrauch der Contractsklage Statt und selbst auf das Interesse.

1) Donelli comm. 13, 3. Pufendorf Observ. 2, 195.

2) l. 31. §. 20. D. de aed. ed. (21. 1.) Marani Parat. ad P. 21. 1. l. 11. §. 3. u. 5. l. 13. D. de A. E. V. (19. 1.)

3) Es ist kein positiver, noch wissenschaftlicher Grund vorhanden, die Contractsklagen in dieser Anwendung auf die Verjährungszeit der ädilischen Rechtsmittel zu beschränken. l. 2. C. de aed. act. (4. 58.) widerspricht nicht, denn die Klage ex empto war in dem vorgelegten Falle gar nicht begründet. Cujac. recit. ad tit. Dig. 19. 1. ad l. 11. §. 3.

4) l. 1. §. 10. 11. l. 4. pr. §. 4. D. de aed. ed. (21. 1.) Dieß war vermuthlich die Veranlassung der Erweiterung des Edicts durch die Contractsklagen überhaupt. l. 19. §. 1. D. locati (19. 2.)

5) l. 13. pr. D. de A. E. V. (19. 1.)

6) l. 6. §. 4. D. eodem.

7) l. 6. §. 4. D. cit. l. 19. §. 1. D. locati (19. 2.)

8) l. 21. §. 2. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 45. D. de contrah. emt. (18. 1.)

II. Von der Evictionsleistung im Allgemeinen.

§. 436.

Das zweite wichtige Institut zum Verhüten der Verkürzung eines der Contrahenten ist das der Evictionsleistung, Gewähr, Gewährleistung, d. i. der vom Auctor dem Erwerber einer Sache dafür zu leistende Schadloshaltung, daß Letzterm die überlassene Sache von einem Dritten wegen Rechtsverhältnisse, die schon [1]) vor der Ueberlassung begründet [2]) waren, verloren gehet oder geschmälert (evincirt, entwährt) wird. Zwar kann über die Verbindlichkeit zur Leistung der Eviction auch ein eigener Vertrag abgeschlossen werden [3]); aber hier ist von den Verhältnissen die Rede, in welchen sie schon gesetzlich die Folge gewisser Geschäfte ist.

A. Erfordernisse der Verbindlichkeit.

1. Innere Bedingungen der Evictionsleistung.

§. 437.

Evictionsleistung kann vorkommen bei Ueberlassung von Eigenthum, jus in re und Forderungen. A) Erster Fall: Der Fehler in den Rechtsverhältnissen einer körperlichen auf einen Andern vertragsmäßig übertragenen Sache zeigt sich von der Art, daß ein Dritter der Eigenthümer [4])

1) l. 3. l. 25. l. 27. D. de eviction. (21. 2.) l. 1. C. de periculo et comm. (4. 48.)

2) Sollte auch die Wirkung dieses vor der Veräußerung begründeten Rechtes der Evincenten erst später eintreten. l. 39. pr. D. de eviction. (21. 2.) l. 3. §. 3. 4. C. comm. de legat. (6. 43.)

3) l. 74. pr. D. de eviction. (21. 2.) l. 2. C. eod. (8. 45.)

4) l. 66. pr. D. de contr. emt. (18. 1.)

derselben ist, oder ein jus [1]) in re daran hat [2]), oder sie wegen Forderung mit einer dinglichen Klage [3]) verlangen kann. B) Zweiter Fall: Einem solchen Fehler ist analog, wenn nach Ueberlassung eines jus in re die Sache, an welcher es Statt findet, sich als eine fremde [4]) ergiebt, oder ein daran früher bestelltes jus in re dem spätern im Wege steht, und mindestens theilweise Eintrag [5]) thut. C) Dritter Fall: Ist eine Forderung übertragen, so findet sich Eviction bei ihr, wenn dieselbe gar nicht existirt oder der Schuldner vernichtende (auch schmälernde) [6]) Einreden mit Erfolg gebraucht. Indessen haftet der Cedent der Forderung nicht für die Zahlbarkeit [7]) des cedirten Schuldners, sofern er nicht dieselbe versprochen [8]) oder die schlechte Beschaffenheit der Forderung verheimlicht hatte. — Wenn einer überlassenen Sache, Gerechtigkeit oder Forderung andere, vom Erwerber vermuthete oder gewünschte, Rechte fehlen, diese Rechte aber nicht etwa vom Auctor ausdrücklich versprochen worden sind: so ist dieser zum Ersatze [9]) nicht verbunden. — Für eine veräußerte spes gilt keine

1) l. 66. cit. l. 34. §. 2. D. de evict. (21. 2.)

2) Ist eine Sache mit Servituten oder öffentlichen Abgaben belastet, so hat dieser Fehler viele Aehnlichkeit mit denen, welcher das aedilit. edict. erwähnt, daher die Römer ihn auch bald in der Lehre vom ädilischen Edicte, bald bei der Evictionsleistung abhandeln. Indeß gehört er richtiger zu letzterer, denn jenes Edict sollte nur auf physische Fehler bezogen werden, und es findet bei der Belastung der übertragenen Sache mit Servituten und Abgaben die actio redhibitoria nicht Statt. l. 61. D. de aed. edicto (21. 1.) l. 48. D. de eviction. (21. 2.)

3) l. 11. §. 12. D. de A. E. V. (19. 1.)

4) l. 10. l. 15. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.)

5) l. 16. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.)

6) l. 4. l. 5. D. de hered. v. act. vend. (18. 4.) v. Glück Pand. Comm. 16. §. 1023.

7) l. 4. D. eod.

8) l. 74. §. 3. D. de evict. (21. 2.)

9) l. 66. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 75. D. de evict. (21. 2.)

Gewähr, falls nicht der Veräußernde wußte, daß ihm in Beziehung auf den Gegenstand gar kein Recht zustehe [1]. — Außer diesem Fehler im Rechtsverhältnisse des überlassenen Gegenstandes ist die zweite innere Bedingung der Evictionsleistung, daß der Erwerber in einem Processe von einem Dritten [2]) jenes Fehlers wegen besiegt werde, den Gegenstand also zufolge eines rechtskräftigen richterlichen [3]) Urtheils in einem Rechtstreite an einen Dritten ganz oder theilweise [4]) verliere. Wenn sich der Erwerber ohne Rechtsstreit oder ohne das Urtheil darin abzuwarten in den Anspruch des Dritten fügt: so begiebt [5]) er sich zugleich des Rechts auf Leistung der Eviction, sofern er nicht etwa zeigen kann, daß sich durch einen Proceß [6]) nichts würde haben ausrichten lassen. Was für ein Recht [7]) der Evincent übrigens in Anspruch nimmt, ist gleichgültig, sofern es nur auf Eviction hinausläuft. Der Rechtsstreit, wenn er geführt wird, muß nicht bei einem Schiedsrichter [8]) geführt und gegen den Erwerber, sofern er die Rolle des Beklagten hatte, bis zur Execution [9]) durchgesetzt seyn,

1) l. 8. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 10. l. 12. D. de her. vel act. vend. (18. 4.)

2) l. 3. Cod. de evict. (8. 45.)

3) l. 24. D. de eviction. (21. 2.) l. 17. C. eod. (8. 45.)

4) Ist ein Theil der tradirten Ländereien evincirt, so konnte der Erwerber die Prästation sowohl mit actio ex stipulatu als mit der Contractsklage fordern. l. 1. l. 53. pr. l. 64. pr. D. de eviction. (21. 2.) Sind aber Theile einer res connexa oder Pertinenzen evincirt: so kann man bloß die Contractsklage auf Evictionsleistung anstellen; wonach sich l. 36. l. 42. l. 43. l. 56. §. 2. D. de eviction. (21. 2.) l. 82. §. 4. D. de legat. I. (30.) l. 23. §. 1. D. de usurp. et usuc. (41. 3.) leicht vereinigen lassen.

5) l. 56. §. 1. l. 76. D. de evict. (21. 2.)

6) Wenn das Recht des Evincenten also unbezweifelt und evident ist. l. 53. §. 1. D. eod. l. 11. §. 12. D. de A. E. V. (19. 1.) Weber, Beiträge zu Klagen und Einr. St. 1. Nr. 5. S. 42—46. v. Glück, Pand. 20, §. 1124. S. 401 ff.

7) l. 34. §. 1. 2. l. 35. D. de evict. (21. 2.)

8) l. 36. D. eod.

9) l. 57. pr. D. eod.

weil dann erst der Begriff des Evincirens vorhanden ist. Doch reicht Proceßverlust des Erwerbers im Besitzstreite zur Verbindlichkeit des Auctors zur Prästation (des evincirten Besitzes!) und zur Anstellung der Contractsklage auf diese Leistung schon hin; denn die Sache war in diesem Falle (vertragswidrig) mangelhaft tradirt [1]). — Sollte die Sache schon vor der Tradition an den Erwerber evincirt seyn, so versteht sich von selbst [2]), daß dieser zur Begründung seines Anspruchs gegen den Auctor nicht noch der Nachweisung eines Proceßverlustes bedarf. — Damit aber der Auctor nicht den gerechten Einwand habe, daß gegen den Evincirenden nicht die vorhandenen Exceptionen gehörig gebraucht seyen, ist als dritte innere Bedingung des Anspruchs auf Evictionsleistung anzunehmen: die Ertheilung einer Nachricht [3]) von Seiten des Erwerbers an den Auctor über den mit einem Dritten entstandenen, zur Eviction führen könnenden, Rechtsstreit (laudatio auctoris gegen den Dritten, denunciatio auctori facta gegen den Auctor, — litis denunciatio) und die damit verbundene Aufforderung zum Beistande im Evictionsprocesse, der Denunciant mag Kläger oder Beklagter seyn [4]). Es steht dann in dem Willen des Auctors, den Beistand zu leisten [5]) oder nicht; welche Freiheit auch für das processualische Verfahren von Folgen ist. Soll sie die Verbindlichkeit des Auctors bewirken, so darf sie nicht zu spät geschehen, d. i. so spät, daß der Auctor dieser Verspätung

1) l. 11. §. 13. l. 35. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) l. 3. D. de dol. mal. exc. (44. 4.) Cujacius, obs. lib 25. c. 26.

3) l. 8. C. de eviction. (8. 45.)

4) l. 7. 8. 9. C. eod.

5) l. 1. C. de peric. et comm. r. v. (4. 48.) Gesterding Nachforschungen. 1. Bd. S. 349 ff.

wegen juristisch oder factisch gehindert ist, seine [1]) Vertheidigungsmittel gegen den evincirenden Dritten zu gebrauchen. Es ist übrigens gleichgültig, ob die Litisdenunciation gerichtlich oder außergerichtlich geschehe. Der Auctor kann sie gar nicht verlangen, wenn er sich derselben absichtlich [2]) entzogen hat oder nirgend anzutreffen gewesen ist, desgleichen wenn er auf die Litisdenunciation verzichtet hat; in welchen Fällen der Auctor an dem Evictionsstreite doch immer noch intervenirend Theil nehmen darf [3]). Aber eine Nachricht von dem Evictionsprocesse aus einer andern Quelle, als der des Erwerbers, verpflichtet den Auctor nicht [4]), weil er dabei nicht wissen kann, ob der Erwerber nicht Gründe habe, die Gefahr der Klage auf sich allein nehmen zu wollen, mithin absichtlich nicht zu denunciiren. — Mehreren Auctoren ein und derselben Uebertragung muß einzeln [5]), jedem für seinen Antheil, denunciirt werden, denn man hat gegen denjenigen kein Recht auf Prästation der Eviction, dem man nicht Litem denunciirt hat. Aber dem Bürgen des Auctors (auctori secundo) braucht man die Nachricht nicht zugehen [6]) zu lassen. — Wenn der Auctor aus irgend einem Grunde den seinerseits dem Erwerbenden überlassenen Gegenstand sollte evinciren wollen: so kann man ihn durch die Einrede der Arglist zurückweisen [7]); jedoch auch diese Einrede aufgeben und das volle Recht auf Evictionsleistung verfolgen.

1) l. 29. §. 2. D. de evict. (21. 2) l. 29. §. 3. D. de legat. III. (32.) v. Glück Pand. Bd. 20. §. 1124. S. 391 ff.

2) l. 55. §. 1. l. 56. §. 5. 6. D. de evict. (21. 2.)

3) l. 63. pr. D. eod.

4) v. Glück Pand. Bd. 20. §. 1124. S. 389 f.

5) l. 62. §. 1. D. de eviction. (21. 2.)

6) l. 4. pr. D. eodem. l. 7. C. de evict. (8. 45.) Donellus ad Cod. l. c. ad l. 7. ad l. 8. Nr. 3.

7) l. 17. l. 18. D. eodem.

2. Aeußerer Umfang der Verbindlichkeit.

§. 438.

In Rücksicht der Gegenstände, auf welche Evictionsleistung sich beziehet, hat sie den Umfang des ädilischen Edictes (§. 432.). — Von den Geschäften sind alle Arten [1]) der onerosen der Evictionsleistung unterworfen, selbst die nur auf Gebrauchsgestattung gehen, wie locatio conductio [2]). Der Vergleich ist dabei aus einem doppelten Gesichtspuncte zu betrachten. Ist im Vergleiche eine nicht streitige Sache zur Abfindung des einen Theiles vom andern hergegeben: so kann deren Erwerber Gewähr verlangen; ist aber einer Partei die streitige Sache überlassen und nachher von einem Dritten evincirt: so kann Evictionsleistung dafür nicht gefordert werden; denn da hierbei der Erwerber selbst Rechte auf den streitigen Gegenstand zu haben vermeinte, so besitzt er ihn auch nach dem Vergleiche proprio jure [3]). Aber solche Geschäfte, welche ohne Gegenleistung bestehen, wie die Schenkung, kennen keine Klage auf Gewähr. War aber der Schenker in dolo, d. i. wußte er, daß die geschenkte Sache von Jemanden evincirt werden konnte, und zeigte er dieß dem Beschenkten nicht an: so muß er den Schaden, jedoch nur den positiven, ersetzen [4]). — Die Behauptung, daß bei der donatio generis, bei welcher mithin irgend eine Sache aus der bestimmten Gattung versprochen worden, der Schenker für die Gewähr einstehen müsse, nach Analogie

1) l. 4. l. 29. C. de evict. (8. 45.)

2) l. 9. pr. D. locati (19. 2.)

3) l. 33. C. de transact. (2. 4.) Donellus ad hanc leg. (Oper. Tom. 7. p. 375 sq.)

4) l. 62. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 18. §. 3. D. de donat. (39. 5.)

des legatum generis [1]), ist ohne Grund [2]). — Eine donatio remuneratoria oder sub modo ist zwar keine reine Schenkung, aber auch kein ganz oneroses Geschäft. Die remuneratoria ist eine donatio, zu welcher nur nebenher eine obligatio naturalis hinzutritt; ein Klagerecht, — durch welches doch die Gewährleistung verfolgt werden müßte, — findet also bei der remuneratoria eben so wenig Statt, als bei der reinen Schenkung. Die donatio sub modo ist auch eine reine Schenkung, so weit sie den modus, welcher hinzugefügt worden, übersteigt. Ist nach der Eviction (oder nach Abrechnung des Fehlers) von dem Objecte der Schenkung noch so viel übrig, als der modus beträgt: so kann nicht auf Gewährleistung geklagt werden. Wird aber durch Eviction (oder einen Fehler der Sache) so viel verloren, daß nicht einmal der modus aufgewogen wird: so kann allerdings auf das an diesem Fehlende auf Ersatz geklagt werden; denn so weit der modus gehet, ist donatio sub modo ein oneroses Geschäft [3]).

B. Folgen der Verbindlichkeit.

1. In Rücksicht der Person des Verpflichteten.

§. 439.

Bei Betrachtung der Person des Verpflichteten ist zu bemerken: a) daß von mehreren Auctoren jeder nur für seinen Antheil haftet, sofern jeder seinen bestimmten Theil veräußert hat; dagegen [4]) in solidum verpflichtet ist, wenn

1) l. 45. §. 1. l. 46. D. de legat. I. (30.)

2) Thibaut civ. Abhandl. S. 48—64. Pauli sent. lib. 5. t. 11. §. 5. l. 18. §. 3. de donat. (39. 5.) l. 2. C. de eviction. (8. 45.)

3) Vgl. Thibaut Pand. Syst. §. 181. 910.

4) l. 31. §. 1. D. de aed.

die Auctoren zusammen gemeinschaftlich veräußert haben. b) Daß, wenn die Sache durch mehrere Hände bis zum jetzigen Innehaber, welchem sie evincirt worden, gegangen ist, jeder Erwerber sich nur an seinen nächsten Auctor [1]) halten kann; denn die Obligation gilt nur unter den Contrahenten. Wenn bei einer Reihe von Uebertragungen daraus Weitläuftigkeiten zu entspringen drohen, so vermeidet man diese auch hier durch Cession der Klagen. c) Daß der Pfandgläubiger, welcher wegen des ihm als solchem zustehenden Rechtes eine Sache veräußert, deren Eviction nicht [2]) zu leisten braucht; daß vielmehr der Verpfänder, der eigentlich der Principal des vom Pfandgläubiger besorgten Veräußerungsgeschäftes ist, dafür haftet. Sollte aber der Pfandgläubiger zur Veräußerung überhaupt (ausnahmsweise) kein Recht haben, oder nicht der erste [3]) seyn, dem ein Pfandrecht an dieser Sache zustehet, oder sollte er das Recht des Evincenten gekannt, sich also offenbar [4]) in dolo befunden, oder für Eviction haften zu wollen versprochen [5]), oder endlich die Sache als die seinige veräußert haben (jure communi vendidit) [6]): so muß er selbst für die Eviction einstehen [7]); jedoch bleibt ihm der Regreß gegen den Verpfänder [8]).

ed. (21. 1.) l. 39. §. 2. D. de eviction. (21. 2.)

1) l. 59. D. eod.

2) l. 11. §. 16. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 10. l. 12. §. 1. D. de distr. act. pig. et hyp. (20. 5.) l. 1. 2. C. creditor evict. non deb. (8. 46.) Cujac. Parat. ad Cod. lib. 8. tit. 45.

3) D. i. zur Veräußerung berechtigste. l. 1. fin. Cod. eodem.

4) l. 11 §. 16. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 2. C. cred. evict. non. deb. (8. 46.)

5) l. 1. Cod. eodem.

6) l. 59. §. 4. D. mandati (17. 1.)

7) Der Erwerber kann aber auch den Pfandgläubiger, welcher ihm die Sache veräußerte, im Falle der Eviction auf Cession der Klage gegen den Pfandschuldner belangen. l. 13. D. de distract. pign. (20. 5.) l. 38. D. de eviction. (21. 2.)

8) l. 8. §. 1. l. 22. §. 4. D. de pign. act. (13. 7.)

Außer dem Auctor haften noch dessen [1]) Bürgen. Hat der Auctor nicht in seinem, sondern in fremdem Namen veräußert, so haftet überhaupt nicht er [2]), vielmehr derjenige, für welchen er handelte (der Principal), für die Gewähr; mithin haben, wenn Sachen im Concurse verkauft werden, nicht die Concursgläubiger, sondern der Gemeinschuldner [3]) für die Gewähr einzustehen.

2. In Rücksicht des Inhalts der Verbindlichkeit.

a. Bei Eingehung des Geschäftes.

§. 440.

Gleich beim Abschlusse des Geschäftes, durch welches das Eigenthum auf einen andern übertragen werden soll, kann der Erwerber nach dem ädilischen Edicte von seinem Auctor das Versprechen fordern, die Eviction zu prästiren; was übrigens in Deutschland ganz außer Gebrauch zu seyn scheint. — Wenn dieses Versprechen eine bewegliche Sache von bedeutendem Werthe oder ein Grundstück betraf: so konnte der Erwerber das Versprechen doppelten Ersatzes des zu zahlenden Werthes (dupli stipulatio) [4]) verlangen. Versäumte er sich ein Versprechen geben zu lassen, so konnte er nachher nur das Einfache mit der gewöhnlichen Contractsklage fordern [5]). — Eine Realcaution oder einen Bürgen sollte der Erwerber zu Anfang des Uebertragungsgeschäftes noch nicht begehren können [6]), sondern die stipulatio dupli war eine bloße Verbalcaution.

1) l. 41. §. 2. D. de eviction. (21. 2.) l. 7. l. 18. C. eod. (8. 45.)

2) l. 55. l. 66. §. 3. D. eod. l. 67. D. de procur. et defens. (3. 3.)

3) l. 13. C. de eviction. (8. 45.)

4) l. 37. pr. §. 1. D. de evict. (21. 2.)

5) l. 60. D. eod. Cujac. Parat. ad Cod. lib. 8. tit. 45.

6) l. 4. pr. l. 37. pr. l. 36. pr. D. de eviction. (21. 2.)

Aber es war auch schon genug zur Anstellung der actio ex stipulatu, wenn diese Caution bloß gefordert war, sollte sie auch nicht geleistet worden seyn [1]).

b. Bei bevorstehender Eviction.

§. 441.

Eigentlich gehört zur Begründung des Rechts auf Evictionsleistung, daß die Eviction [2]) beendiget, das heißt daß die Sache ausgeliefert ist. Ausnahmsweise aber vertritt die Stelle der wirklich geschehenen Eviction auch die Zahlung der litis aestimatio in Gemäßheit eines rechtskräftigen Urtheils [3]). — Drohet die Eviction einzutreten, so kann der Erwerber verlangen, daß der Auctor ihn in dem Processe gegen den Dritten vertrete und den Erfolg des Rechtsstreites trage [4]). Auch kann er die Gegenleistung bis zur Bestellung einer Bürgschaft in diesem Falle zurückbehalten, und sollte das Recht des Evincenten klar am Tage liegen, so kann er sie ganz verweigern [5]). Sofern der Auctor wissentlich eine fremde Sache übertrug, kann der Erwerber, sobald er diesen Umstand nachzuweisen vermag, aus dem Contracte auf Evictionsleistung klagen [6]). — Diese Klage kann auch angestellt werden, wenn die Eviction dadurch abgewandt ist, daß der Erwerber der Sache das Recht des Evincenten von diesem sich auch noch er=

1) l. 2. D. eodem.

2) l. 16. §. 1. l. 57. §. 1. l. 74. §. 2. D. de eviction. (21. 2.) l. 3. C. eod. (8. 45.)

3) l. 16. §. 1. cit. l. 21. §. 2. fin. D. eod.

4) l. 74. §. 2. D. de evict. l. 75. D. de procur. (3. 3.) Bloß für ein Recht des Auctors hält die Assistenz Pufendorf Tom. 2. obs. 35. §. 13. 14. Vgl. v. Glück Pand. 20. §. 1126. S. 419. f. Gesterding Nachforschungen I. S. 349.

5) l. 18. §. 1. D. de pericul. et comm. (18. 6.) l. 5. l. 24. C. de eviction. (8. 45.)

6) l. 4. pr. l. 30. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.)

worben hat, z. B. wenn er [1]) Erbe des Evincenten wurde oder denselben absand.

c. Bei wirklich erfolgter Eviction.

§. 442.

Ist die Eviction wirklich erfolgt: so kann zunächst aus der zum Voraus gemachten Stipulation, so weit sie bei uns noch praktisch genannt werden mag, geklagt werden. Es wurde dazu bei den Römern erfordert, daß die Sache selbst, und ganz, und nicht bloß in einem possessorischen Rechtsstreite evincirt war [2]). Der Ersatz wurde dann, ohne Rücksicht auf den Werth der Sache im Augenblicke der Eviction, nach der zum Voraus versprochenen Summe geleistet [3]). Bei Erwerbung einer Sache mittelst eines Geschäftes bonae fidei, mußte der Auctor auf Begehren für den Fall der Eviction das Doppelte [4]) versprechen. Die stipulatio dupli konnte aber nach Willkür der Parteien auf weniger oder auf mehr gerichtet seyn; auch konnte sie ganz erlassen werden. Allein sobald nichts festgesetzt war, machte das duplum die Regel aus [5]). Das duplum bestehet nicht in dem doppelten Interesse, sondern in dem doppelten Betrage des Werthes, der für die überlassene Sache vom Erwerber gezahlt ist; mithin bleibt es ungeachtet des Steigens oder Fallens des Interesse stets dasselbe [6]).

1) l. 9. l. 41. §. 1. D. de eviction. (21. 2.) l. 29. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) l. 35. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 36. l. 56. §. 2. D. de evict. (21. 2.) Vergl. jedoch §. 437. S. 154. Note 4.

3) l. 64. pr. §. 1. 2. D. eod. Cujacii obs. lib. 26. c. 37. Noodt ad P. lib. 21. tit. 2. v. Glück Pand. 20. §. 1112. S. 332 f.

4) l. 37. D. de evict. (21. 2.) l. 31. §. 20. D. de aed. ed. (21. 1.) l. 8. C. de evict. (8. 45.)

5) l. 56. pr. l. 74. pr. D. de evict. (21. 2.) l. 72. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.)

6) l. 48. fin. l. 64. pr. D. de eviction. (21. 2.)

— Die zweite Klage bei wirklich erfolgter Eviction ist die aus dem zum Grunde liegenden Geschäfte. Sie ist bei jeder Art von Eviction anwendbar, sollte auch nur ein Theil der Sache oder ein Recht daran evincirt werden; und mochte bei der Uebertragung der Auctor in bona oder mala fide sich befunden haben. Die hierbei eintretende Leistung enthält a) die Entrichtung des Werthes, welchen die Sache im Augenblicke der Eviction hatte; gewöhnlich also die Rückgabe dessen, was der Auctor empfangen [1]) hatte, wobei aber möglich ist, daß der Auctor mehr oder daß er weniger zu ersetzen [2]) hat, als er beim Uebertragungsgeschäfte für die Sache empfing. Wenn er behauptet, nur weniger schuldig zu seyn: so muß er beweisen, daß und wie viel bei der Entwährung die Sache bereits an Werth verloren hatte. Der vergrößerte Werth kann dem Auctor aber nur nach Billigkeit (nicht zu hoch) abgefordert [3]) werden. b) Die Erstattung dessen, was der Erwerber [4]) durch die Eviction entweder wirklich noch sonst verliert oder doch zu gewinnen verhindert wird, — also das ganze Interesse [5]). Sollte durch Stipulation auf den Fall der Eviction Etwas versprochen seyn, was von der Summe des Interesse noch übersteigen würde: so kann dieß Mehr [6]) noch mit der Contractsklage besonders gefordert werden. — Zu diesem gesammten Interesse gehört namentlich die Vergütung aller auf die Sache gemachten Verwendungen, insoweit sie der Erwerber nicht vom Evin-

1) l. 13. §. 9. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) l. 45. pr. D. eod. l. 64. pr. §. 1. l. 66. §. ult. l. 70. D. de eviction. (21. 2.)

3) l. 43. fin. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 13. 15. 16. D. de evict. (21. 2.)

4) l. 8. 15. §. 1. l. 51. §. 3. l. 70. D. eodem.

5) l. 8. l. 70. D. eod. l. 9. C. eod. (8. 45.) l. 43. l. 45. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 7. 8. 15. §. 8. locati (19. 2.)

6) l. 37. §. 2. D. de evict. (21. 2.)

centen ersetzt [1]) erhalten mußte, und endlich auch Entrichtung der auf den Evictionsproceß verwandten Kosten [2]). Benannt wird diese letztere Klage nach dem zum Grunde liegenden Geschäfte, und, sollte diese keine besonders bekannte seyn, die actio in factum [3]) oder praescriptis verbis [4]). Dadurch daß der Auctor die schon evincirte Sache dem Erwerber späterhin wieder verschafft, kann er sich der Prästation des übrigen Interesse nicht entziehen [5]); jedoch bei vermietheten Wohnungen darf er statt der evincirten eine eben so gute anbieten [6]).

C. Ausnahmen der Verbindlichkeit.

§. 443.

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung, welche der Regel nach eintreten müßte, fällt in einigen Fällen weg, und zwar: a) wenn der Staat eine Sache kraft der öffentlichen Macht wegnimmt [7]), sey es in Folge Befehls des Regenten oder durch Willkür einer andern überwiegenden Gewalt; b) die Evictionsleistung fällt weg, sofern der Auctor in der Qualität des Inhabers eines revocabeln Rechts die Veräußerung vorgenommen hatte und dieß nun ohne seine Schuld [8]) erlischt; womit auf das Genaueste zusammenhängt, daß die Evictionsleistung dann nicht eintritt; c) wenn der Erwerber eine fremde oder mit Rechten Anderer beladene Sache [9]) als solche

1) l. 45. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 16. C. de evict. (8. 45.)
2) l. 9. C. eodem.
3) l. 1. §. 9. D. de rer. permut. (19. 4.)
4) l. 7. §. 2. D. de pactis (2. 14.)
5) l. 67. D. eod. (21. 2.)
6) l. 9. pr. D. locati (19. 2.)
7) l. 11. pr. D. de eviction. (21. 2.) Cujac. cons. 38.
8) l. 9. §. 1. D. locati (19. 2.) l. 25. §. 4. D. solut. matr. (21. 3.)
9) l. 27. C. de evict. (21. 2.)

kennt und an sich bringt. Weiß [1]) der Erwerber nur, daß ein Dritter Ansprüche macht, aber nicht, daß diese gegründet sind, so wird das Recht auf Evictionsleistung dadurch nicht aufgehoben. Auch kommt natürlich die Kenntniß des Rechts des Dritten nicht gegen die Berechtigung des Erwerbers auf Evictionsleistung in Betracht, wenn der Auctor deßfalls ausdrücklich Eviction leisten zu wollen versprach [2]). d) Eviction wird nicht geleistet, wenn vor derselben die Sache umkommt [3]); desgl. e) wenn der Erwerber den Evictionsproceß durch seine Schuld verliert [4]). Damit ihm diese Schuld nicht zugeschrieben werden kann, muß er, so lange noch einige Hoffnung da ist, den Proceß [5]) durch alle Instanzen durchführen. Nimmt der Auctor an dem Processe Theil, so trifft ihn jedenfalls dessen Erfolg [6]). f) Konnte der Erwerber dem Rechte des Dritten auf rechtlichem Wege ein Ende machen und unterließ er dieß [7]), so kann er ebenfalls die Leistung der Eviction nicht verlangen. g) Sollte der Evictionsproceß aber durch Widerrechtlichkeit des Richters [8]) gewonnen werden: so wird dieß als ein Zufall angesehen, welchen der Auctor nicht zu ersetzen braucht, da er nur für das wirkliche Recht des Evincenten die Leistung schuldig ist. h) Hat der Auctor, ohne ihm bekannte Rechte zu verheimlichen, sich ausbedungen, für die Eviction nicht einzustehen: so

1) Struben R. B. III. 103. v. Glück Pand. 20. §. 1118. S. 228 f.

2) l. 7. C. com. utr. jud. (3. 38.) l. 27. C. de eviction. (8 45.)

3) l. 21. pr. D. eod. (21. 2.)

4) l. 29. §. 1. l. 55. pr. l. 56. §. 3. l. 63. §. 2. l. 66. pr. D. de eviction. (21. 2.)

5) l. 31. §. 2. D. de neg. gest. (3. 5.) l. 63. §. 2. D. de evict. (21. 2.) l. 10. C. mandat. (4. 35.)

6) l. 63. §. 1. D. de evict. (21. 2.) Pufendorf T. 2. obs. 35. § 18.

7) l. 56. §. 3. D. eodem.

8) l. 51. pr. D. de eviction. (21. 2.) l. 8. l. 15. C. eod. (8. 45.)

gilt dieser Vertrag und er zahlt auch die empfangene Gegenleistung dann nicht zurück [1]). i) Wegen Servituten ist nicht regelmäßig Eviction zu leisten. Active und passive Servituten müssen dabei unterschieden werden. Für active mit der übertragenen Sache verbundene Servituten, welche evincirt werden, haftet der Auctor nur dann, wenn er sie beim Uebertragungsgeschäfte besonders versprochen hat, oder auch wenn er sie kannte, dem Erwerber aber anzuzeigen versäumte und sie dadurch verloren gegangen sind [2]). — Werden aber passive Servituten gegen die veräußerte Sache in Anspruch genommen, so haftet der Auctor, falls sie personal sind, dafür [3]) ohne Ausnahme; denn dergleichen Servituten werden als ein zu großer Fehler der Sache angesehen, so daß der Auctor dafür einstehen muß, auch wenn er sie nicht gekannt hätte. Kommen aber passive Realservituten bei der übertragenen Sache vor, so fragt sich, ob sie der Auctor gekannt habe. Hat er sie gekannt und nicht genau oder gar nicht angezeigt: so ist er dafür verpflichtet [4]). Die allgemeine Clausel, er veräußere die Sache mit allen ihr zur Last liegenden Servituten (servitutes, si quae debentur, debebuntur), befreiet den Auctor nicht von der Verpflichtung, sie ganz genau zur Kenntniß des Erwerbers zu bringen. — Wenn der Veräußernde die passiven Realservituten des veräußerten Grund-

1) l. 1. §. 1. l. 6. §. 9. l. 11. §. 5. l. 39. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 11. §. 18. D. eod. J. H. Boehmer vindiciae pacti de non praest. evictione contra communes errores (Ex. ad P. Tom. 4.) G. L. Boehmer in praef. ad Parentis exerc. ad P. Tom. 4. v. Glück Pand. 20. §. 1121. S. 295 f.

2) l. 66. pr. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 75. D. de eviction. (21. 2.) „Si vero emptor“ —.

3) l. 66. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 39. §. 5. l. 46. pr. D. de evict. (21. 2.)

4) l. 1. §. 1. l. 39. med. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 69. §. 5. fin. D. de eviction. (21. 2.)

stückes nicht kannte, so haftet er nicht dafür [1]); ausgenommen, er habe es ausdrücklich als servitutenfrei übertragen. Denn [2]) theils ist eine Realservitut im Römischen Rechte viel zu gewöhnlich, um den Begriff eines wesentlichen Fehlers in sich zu tragen; theils verlangt keine [3]) Gesetzstelle in diesem Falle die Prästation von Seiten des Auctor. — Unsere Quellen nennen ein von Servituten freies Grundstück fundus optimus maximus [4]). — k) Die Lasten und Abgaben, welche auf der übertragenen Sache ruhen, sind von dem Auctor entweder mit Ausdruck einer bestimmten Summe angegeben, — dann muß er [5]) dafür haften, wenn sich ein Mehreres finden sollte; oder sie sind von ihm gar nicht angegeben, obwohl er sie gekannt hat, — dann haftet er ebenfalls [6]), mit Ausnahme solcher Abgaben, welche auf jedem Grundstücke liegen und welche nicht zu kennen eine dem Erwerber selbst schadende Rechtsunwissenheit ist; oder endlich die Lasten und Abgaben sind weder auf den Belauf einer gewissen Summe vom Veräußernden angegeben, noch gekannt und verschwiegen, — dann haftet er [7]) dafür nicht. — Wegen der Servituten und Abgaben (Nr. i. u. k.) konnte regelmäßig nur die Contractsklage von Seiten des Erwerbers gegen den Auctor gebraucht werden; jedoch auch die actio ex stipulatu

1) l. 75. D. eod. l. 59. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 10. C. de evict. (8. 45.)

2) Cujac. recit. ad l. 59. D. de contr. emt. (Op. T. 7. p. 717—719.)

3) l. 61. D. de aed. ed. (21. 1.) bestimmt bloß den Maßstab der Prästation, falls der Erwerber gegen den Auctor wegen passiver Servitut der erworbenen Sache klagt; aber sagt nichts davon, wann diese Klage angestellt werden könne. l. 69. §. 5. D. de eviction (21. 2.) redet nur von dem Falle, daß der Verkäufer die Servitut kannte.

4) l. 90. l. 169. D. de V. S. (50. 16.)

5) l. 9. C. de A. E. V. (4. 49.)

6) l. 21. §. 1. l. 41. D. de A. E. V. (19. 1.)

7) l. 21. §. 1. l. 41. D. cit.

dann, wenn der Verkäufer das Grundstück frei von Servituten oder Abgaben zu liefern versprochen hatte [1]).

III. Von der Rescission des Vertrags wegen Verletzung über die Hälfte [2]).

§. 444.

Aehnlichkeit mit der Verbindlichkeit aus dem ädilischen Edicte und der zur Evictionsleistung hat die gesetzliche Bestimmung [3]), daß der Verkäufer, welcher im abgeschlossenen Kaufcontracte sich weniger, als die Hälfte des wirklichen Werthes eines verkauften Grundstückes bedungen, wegen dieses großen Nachtheils (läsio ultra dimidium, läsio enormis) von dem Verkaufe zurücktreten und die Sache behalten oder wiederfordern kann [4]), jedoch kann der Käufer den wahren Werth noch ergänzen und dann die Sache behalten. Dieser lediglich für den Verkäufer (und zwar, genau genommen, nur für den, welcher ein Grundstück veräußert) gesetzlich geltende Satz ist von der Praxis sehr erweitert und nicht nur auf den Käufer, sondern auch über den Kaufcontract hinaus auf alle onerosen Verträge und beide Theile in denselben ausgedehnt [5]), namentlich auf den Mieth- und Tauschvertrag. Bei dieser Ausdehnung auf andere Verträge beruft sich die

1) l. 48. D. de eviction. (21. 2.)

2) Giphan. Expl. diff. leg. C. IV. 43. v. Glück Pand. 17. §. 1028 — 1032. Vergl. auch Höpfner Comm. §. 870. Note 5.

3) Der Kaiser Diocletian und Maximian Cod. Just. IV. 44, 2

4) l. 2. l. 8. C. de rescindenda venditione (4. 44.) c. 3. 6. X. de emt. vend. (3. 17.) — Der Verletzte kann aber die Ergänzung des Werthes nicht fordern, sondern sie steht in der Willkür des Verletzenden. J. H. Böhmer J. E. P. III. 17. §. 4 — 7.

5) Vgl. Thibaut Pand. Syst. §. 197 — 200.

Praxis, gegen die Regeln der Auslegung singulärer Bestimmungen, auf Billigkeit als die ratio legis und darauf daß Rescission der Verträge auch sonst noch wegen Irrthums eintreten könnte. Aber nicht nur ist es wissenschaftlich falsch, eine Singularbestimmung, lediglich für den Kaufcontract gegeben, über denselben hinaus ausdehnen zu wollen [1]); sondern Irrthum über Preis und Werth eines Vertragsgegenstandes ist auch im Allgemeinen niemals rechtlicher Grund zur Ungültigmachung des Vertrages [2]). — Eben so irrig ist die Ausdehnung des Rechtes, welches die Gesetzgebung allein dem Verkäufer beigelegt hat, auf den Käufer; denn, außer den obigen Gründen, kommt hierbei noch in Betracht, daß Verkäufer und Käufer sich keineswegs in einem gleichen Verhältnisse befinden. Der Verkäufer wird nämlich zum Verkaufe oft durch Noth bewogen, hingegen der Käufer wird bei fehlschlagender Speculation die Rescission wegen enormer Verletzung oft mißbrauchen [3]). — Beide Ausdehnungen gelten dennoch unbezweifelt in der Praxis, von welcher die weitere Ausbildung dieser Lehre fast allein ausgegangen ist. Man stellt nämlich bei allen zweiseitigen Geschäften, welche ein Recht übertragen, den Grundsatz auf: wer den Ersatz eines Werthes, den er weggiebt, und mehr als noch einmal so viel empfängt, hat den Empfänger der Sache enorm verletzt [4]); also ist der Uebertragende enorm lädirt, wenn er für die übertragene Sache von deren Erwerber nicht einmal so viel erhält, als die Hälfte der Sache werth ist, — der

1) l. 8. C. cit. l. 22. §. 3. l. 23. D. locati (19. 2.)

2) Faber de error. pragmat. dec. 7. err. 3. 7—10. dec. 8. err. 7—10.

3) S. Faber l. c. Cujac. obs. Lib. 16. c. 18.; Lib. 23. c. 32.

4) Averanii int. lib. 3. c. 5.

Erwerber aber ist enorm verletzt, wenn er mehr als das Doppelte des Werthes für die Sache zahlte [1]). Der Maßstab des Werthes ist nach den Umständen des Orts und der Zeit, wo und wann der Vertrag abgeschlossen worden, ausfindig zu machen. Glaubt sich der eine Theil danach zur Rescission des Contracts berechtiget: so muß er über den Werth der Sache in Irrthum gewesen seyn, folglich nicht wissentlich in die Verletzung die er anfechten will, eingewilliget haben [2]); und es reicht nicht hin, daß er nachweiset, es sey der Vertrag von ihm aus Noth so niedrig abgeschlossen [3]). Wenn der Werth des vom Verletzten empfangenen Gegenstandes erst nach Abschluß des Contracts sich bis zur enormen Verletzung verringerte: so kann deßhalb das Geschäft [4]) nicht angefochten werden. — Der Verletzte und sein Erbe können auf Rescission mit der Klage aus dem Contracte [5]) selbst klagen, oder, wenn sie belangt werden, die Verletzung excipiren; sollte bis zur Rescission ein Dritter Realrechte an der Sache erworben haben: so werden diese als Folgen eines revocabelen Rechtes ebenfalls aufgehoben [6]). — Auf erfolgte Rescission müssen die empfangenen Gegenstände und Leistungen sammt

1) Die Form des eingegangenen Geschäftes (z. B. richterliche Bestätigung) ist dabei gleichgültig; namentlich ist in dieser Hinsicht gemeinrechtlich die in einer öffentlichen Versteigerung geschehende Veräußerung von einer privatim verabredeten nicht verschieden. Pufendorf Tom. 3. obs. 78. Struben R. B. Thl. 5. Bed. 137. v. Glück l. c. S. 87—100.

2) l. 11. pr. C. de rescind. vend. (4. 44.)

3) Vinnius select. quaest. I. 56. v. Glück Pand. 17. S. 82. 83.

4) l. 8. C. eodem.

5) Es giebt keinen Grund diese Klage besonders zu bezeichnen und remedium ex l. 2. C. de rescind. vend. zu nennen, wie jedoch gewöhnlich geschieht.

6) Bah Abhandlung. S. 202—205. — v. Wening-Ingenheim Civilrecht Bd. II. §. 8. Note e. Jedoch nur, wenn es zur Restitution kommt; also hat der Verletzte kein Recht gegen den Dritten selbst. v. Glück l. c. §. 1031.

den gezogenen Vortheilen beiderseitig [1]) restituirt werden; wobei nöthige und nützliche Verwendungen auf die Sache dem Restituirenden, als einem bonae fidei possessor, zu Gute kommen [2]). — Der Verletzte kann die Rescission in folgenden Fällen nicht verlangen: a) wenn bei dem Andern das Empfangene ohne dessen Arglist untergegangen ist [3]); b) wenn der Vertrag eine Speculation auf Verlust und Gewinn befaßte, deren Wahrscheinlichkeiten sich ungefähr das Gleichgewicht hielten [4]); c) wenn der Verletzte der Rescission wegen enormer Verletzung im Voraus oder nachher speciell entsagte, oder auch nur wissentlich sich diese gefallen ließ [5]), — welchen Handlungen jedoch bloße Wiederholung oder eidliche Bestärkung des Geschäfts nicht gleichstehen, falls daneben nicht wissentliche Einwilligung des Verletzten erwiesen werden kann [6]); d) wenn durch ein rechtskräftiges richterliches [7]) Urtheil bei Bestimmung der Rechtsverhältnisse unter mehreren Theilen dem Einen eine Sache als Aequivalent eines gewissen Werthes angewiesen worden ist, welchen der Andere erhalten hat; und e) wenn die Gesetze selbst den Werth einer Sache bestimmen, weil darin Privatwillkür nichts ändern kann [8]). (Vgl. §. 445.).

1) l. 34. 38. §. 4. D. de usuris (22. 1.) l. 137. §. 1. D. de R. J. (50. 17.) v. Glück l. c. S. 106—108.

2) Thibaut l. c. bsd. §. 199.

3) Vinnii selectae quaest. lib. 2. c. 5.

4) l. 8. fin. Cod. de rescind. vend. (4. 44.) l. 17. C. de usur. (4. 32.) Thibaut Versuche 2 Bd. Nr. 11.

5) Wohin auch gehört, wenn der Verletzte, nachdem ihm die Verletzung bekannt geworden, das Empfangene freiwillig weiter veräußerte; Thibaut Pandektensystem §. 200. — Vergl. noch Giphan. l. c. Vinnius l. c. lib. 1. c. 56.

6) Vergl. Thibaut Pand. §. 200. C.

7) l. 36. D. fam. hercisc. (10. 2.) l. 27. D. de re judicat. (42. 1.) l. 3. C. comm. utr. jud. (3. 38.)

8) C. L. Crell de pretio legali. Vitemb. 1756.

IV. Von den gesetzlichen Taxen.

§. 445.

Zur Abwendung der Verkürzung bei Verträgen und bei uns auch aus andern polizeilichen Rücksichten sind noch die gesetzlichen Taxen eingeführt, welche besonders den Käufer und den Capitalanleihenden vor Uebervortheilung schützen sollen. Das Röm. Privatrecht kennt sie nur beim Zinsvertrage (vgl. §. 194.), das Deutsche aber in mehreren Verhältnissen (s. §. 463. a.). — Wenn bei einem Vertrage die Taxe der Leistungen überschritten ist: so kann der Verletzte auf Rescission des Geschäftes mit der gewöhnlichen Contractsklage klagen; der Verletzende diese Klage aber durch nachständige Ausgleichung des dem Andern geschehenen Unrechts vermeiden oder in Hinsicht der geforderten Rescission unwirksam machen [1]. — Verzicht auf sein Recht und Wissenschaft des Verkürzten von der Taxüberschreitung hindern alsdann die Rescission nicht, wenn die gesetzliche Preisbestimmung, welche in dem einzelnen Falle zur Anwendung kommt, ein wahres prohibitives Gesetz ist (Vergl. §. 5.).

Zweites Hauptstück.

Von den einzelnen Verträgen.

§. 446.

Die Verträge überhaupt (conventiones, pacta im weitern Sinne) zerfallen nach der Römischen Ansicht [2]) in drei Klassen, der Klagbarkeit wegen, nämlich in a) con-

1) Arg. l. 2. Cod. de resc. vend. (4. 44.)

2) Cujacius ad l. 1. D. de pactis.

tractus (im engern Sinne), d. i. solche Verträge, welche schon nach dem ältern Civilrechte klagbar waren, b) in pacta non nuda (vestita genannt), welche ursprünglich nicht klagbar waren, aber im Fortschritte der Ausbildung des Römischen Civilrechtes selbst die Klagbarkeit noch erhalten haben, c) in pacta nuda oder pacta schlichtweg (pacta in engerer Bedeutung des Worts), d. i. Verträge, welche nach Römischem Rechte nicht klagbar waren. Die der dritten Klasse waren entweder bloß naturrechtliche Vereinbarungen oder gingen doch nur auf Befreiung, indem sie eine Exception, aber keine Klage [1]) hervorbrachten. — In der Deutschen Ausübung des Römischen Rechts findet sich dieser Unterschied fast ganz aufgehoben, da man einem pactum nudum in der Regel dieselben Wirkungen beilegt, welche ein Contract hat [2]); denn es kann jetzt aus jedem fehlerfreien Vertrage geklagt werden. Das, was man Naturrecht nennt, hat auf diese Veränderung des Römischen Rechts gar keinen Einfluß gehabt; wohl aber die Deutsche Gewohnheit; nur ist dieß ein schwankender Grund, welcher wieder auf etwas Anderes gestützt seyn muß. Das kanonische Recht hat mehr durch seinen allgemeinen Geist, von der Strenge der Römischen Rechtsform abzuweichen, als durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung [3]) dazu mitgewirkt. Aber da in Deutschland keine

1) l. 7. §. 4. D. de pactis (2. 14.)

2) Stryk us. mod. p. II, 14. §. 1—3. Man beruft sich, den Ursprung dieses Grundsatzes nachzuweisen, schon auf §. 1. I. de V. O. (3. 16.) und l. 10. C. de contrah. vel comm. stip. (8. 38.), aber diese Stellen enthalten ihn keineswegs, denn sie heben nicht die Stipulation auf, sondern machen bloß deren solenne Worte unnöthig. Vergl. Nov. 136. c. 4.

3) In c. 1. u. 3. X. de pactis (1. 35.) c. 13. X. de judiciis (2. 1.) stehet fast nichts mehr als in den eben citirten Stellen des Röm. Rechts; vergl. J. H. Boehmer J. E. Prot. Lib. 1, tit. 35. §. 6.

der Stipulation ähnliche Art, die Einwilligung zu erklären, weder der Form noch der Bedeutung nach aufgenommen war, und daher die gelehrten Juristen dem allgemeinen Gebrauche zufolge sich mit der in jeder Form geschehenen Vereinigung auch da begnügten, wo eine Stipulation nach Römischem Rechte erforderlich gewesen wäre [1]): so kann man die Nichtreception jener Klagbarkeitserfordernisse und die Doctrin der Deutschen Juristen als die Quelle der jetzt vorhandenen Klagbarkeit auch derjenigen Verträge ansehen, welche nach Römischem Rechte bloß deßwegen nicht klagbar gewesen wären, weil sie pacta nuda sind [2]). — Man muß aber diesen Grundsatz nicht zu weit ausdehnen; denn wenn das Römische Recht bei einzelnen Verträgen besondere Förmlichkeiten vorschreibt, so gelten sie auch noch heutiges Tags; und versagt es die Klage aus materiellen Gründen, so werden diese durch die größere Formenfreiheit der Deutschen Praxis nicht ergänzt. — Obgleich nun die Römische Eintheilung der Verträge unpractisch geworden ist: so ist sie doch noch immer methodisch; es geht von dem Wesen des Römischen Obligationenrechts viel verloren, wenn man in der Darstellung desselben den Unterschied zwischen contractus und pacta nuda ganz beseitiget.

Erster Abschnitt.

Von den Contracten.

§. 447.

Nachdem, zum Theil schon zu Justinian's Zeiten, von

1) Eichhorn Deutsch. Pr. R. §. 92. — Dessen Deutsch. Staats- u. Rechtsgesch. §. 457. — Vgl. auch v. Glück Comm. Bd. 4. §. 312.

2) Weber v. d. natürl. Verbindlichk. §. 85.

den Contracten die meisten wesentlich formalen Civilcontracte (nexus, Literal- und Verbalcontract)[1]) weggefallen waren, die Stipulation aber wegen Nichtreception dieser feierlichen Vertragsart bei uns (s. §. 446.), die jurata promissio liberti auch wegen Mangels des Gegenstandes in Deutschland unpraktisch sind: so bleiben nur noch diejenigen Contracte zu betrachten, welche das jus gentium der Römer kannte. Bei den bloßen Formen der alten Civilcontracte war ein bestimmter Name des Vertrags, welchen die Parteien mit einander eingingen, nicht gedenkbar; die Naturalverträge hatten aber als etwas Wesentliches ein nomen contractus[2]), außer welchem die Römische Praxis erst allmälig noch die ungenannten Contracte oder solche Verträge ohne Namen annahm, in denen zu der Verabredung einer gegenseitigen Leistung auch die Erfüllung von der einen Seite hinzutritt (s. §. 496.). Daß auf diese von den Glossatoren bezeichneten contractus nominati und innominati der Unterschied der contractus certi und incerti ging, ist nicht zu vermuthen[3]).

Erste Abtheilung.

Von den Realcontracten.

§. 448.

Realcontracte, contractus re initi, heißen diejenigen benannten Contracte, denen zufolge der eine Contrahent

1) Schweppe Rechtsgeschichte §. 301—307.

2) Schweppe ebendas. §. 307. a. l. 7. §. 1. pr. D. de pactis (2. 14.)

3) Schweppe a. a. O. §. 291. — l. 9. pr. D. de rebus cred. (12. 1.) — Vielmehr geht dieser Unterschied wahrscheinlich bloß auf die stipulatio, je nachdem dieselbe certi oder incerti war. l. 74. 75. D. de V. Obl. (45. 1.)

dem andern einen Gegenstand überliefert und eine Zurücklieferung fordern kann, wenngleich nicht bei jedem Realcontracte die Zurücklieferung derselben individuellen Sache. Der Abschluß eines Realcontractes geschieht erst durch die Ablieferung (re) selbst; vorher ist er nicht perfect, sondern heißt bloß pactum antecedens zum Zwecke des Realcontractes. Dieß war bei den Römern nicht klagbar, bewirkt aber bei uns eine Klage auf Erfüllung, d. i. auf die Ablieferung der Sache.

I. Darlehnsvertrag.

A. Begriff des Darlehns.

§. 449.

Das Darlehn, mutuum [1]), ist ein Realcontract, vermöge dessen der eine Contrahent, mutuo dans, dem andern, welcher mutuans oder mutuo accipiens heißt, Geld oder andere fungibele Sachen [2]) zum Zwecke des Verbrauchs (nicht bloß Gebrauchs) überläßt, und vermöge dessen dieser andere Contrahent die Verpflichtung eingehet, eine gleiche Quantität und Qualität von der ihm überlassenen Sache künftig zurückzugeben [3]). Sachen, bei denen gleiche Quantität und Qualität eine gewisse Menge derselben nicht [4]) vertritt, — nichtfungibele Sachen, — lassen kein Darlehn zu, weil nach geschehenem Verbrauche die Zurücklieferung von etwas Aehnlichem den Contract zum

1) Woher die Römer das Wort leiteten, s. l. 2. §. 2. D. de reb. cred. (12. 1.) Cujac. obs. lib. 11. c. 37. Donell. comm. lib. 14. c. 1.

2) l. 2. §. 1. l. 22. pr. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 7. §. 3. D. de SC. Mac. (14. 6.)

3) pr. I. quib. mod. re contr. (3. 15.) l. 2. pr. §. 1. 2. D. de reb. cred. (12. 1.)

4) l. 1. §. 2. D. de O. et A. (44. 7.)

Tausche machen würde; wie denn auch die Rückgabe eines von der gegebenen Sache in der Art ganz verschiedenen [1]) Gegenstandes nicht bedungen werden darf, wenn das Geschäft Darlehn bleiben soll. — Der Zweck dieses ursprünglich erst mit der Annahme [2]) der Sache auf Seiten des Empfängers perfect werdenden Geschäftes ist der Verbrauch. Hat man eine Sache lediglich zum Gezeigtwerden, zur Probe oder zu ähnlichen Zwecken abgeliefert: so ist kein Darlehn, sondern ein Commodat contrahirt [3]). — Eine Folge der Bestimmung zum Verbrauche ist, daß der Empfänger Eigenthümer werden muß, der Geber also die einzelnen Sachen oder Stücke [4]) veräußert, wenngleich die Quantität [5]) in seinem Vermögen bleibt und der Empfänger nicht reicher, der Geber nicht ärmer wird. Die Eigenthumsübertragung ist hierbei so wesentlich, daß ohne sie das mutuum nicht gültig ist, das heißt, daß durch Ueberlassung fremder Sachen [6]) ein mutuum nicht entsteht und auch daß ein Veräußerungsunfähiger [7]), z. B. der Pupill ohne Vormund handelnd, wenn er in der Absicht des Darlehns eine Sache überträgt, ein solches nicht hervorbringt. — Sollte indessen eine fremde [8]) Sache zum Darlehn gegeben oder von einem Geber, der nicht

1) l. 2. pr. D. de reb. cred. (12. 1.)

2) Er brauchte das verabredete Darlehn nicht anzunehmen. l. 30. D. de reb. cred. (12. 1.); — was durch unsere Begriffe vom Vertrage verändert ist. (s. §. 450.)

3) l. 3. §. 6. l. 4. D. commod. (13. 6.)

4) l. 2. §. 2. D. de reb. cred. (12. 1.)

5) l. 55. D. de solut. (46.

3.) Ueber die dem Salmasius widerfahrene Verwechselung dieser Gesichtspuncte s. Höpfner Comm. §. 766. v. Glück Pand. Bd. 12. §. 780.

6) l. 13. pr. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.)

7) l. 12. l. 19. §. 1. D. eodem. l. 9. pr. D. de aut. et cons. tut. (26. 8.)

8) l. 19. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.)

veräußern darf, dieser Vertrag erfüllt und dann vom Empfänger das Empfangene [1]) im guten Glauben verbraucht seyn: so gestattet, weil die individuelle Sache selbst nicht mehr vorhanden ist und also (wie sonst geschehen müßte) nicht mehr vindicirt und anderseits nicht mehr zurückgegeben werden kann, das Römische Recht dem Geber eine Rückforderungsklage des Aequivalentes, condictio [2]), welche wohl ex mutuo [3]) heißen mochte; von den Neuern actio de bene depensis genannt. — Eigentlich gehört zur Vollendung des Darlehnsvertrags auch noch, daß die Sache [4]) selbst dem Empfänger wirklich überliefert wird und deren Eigenthum [5]) auf den Anleihenden übergehet. Aber schon im neuern Römischen Rechte kommt eine freiere [6]) Gestalt des Contractes vor, so daß ein mutuum namentlich auch in folgenden vier Fällen vorhanden ist: a) Wenn Jemand eine Sache zum Verkauf empfängt, um den Verkaufspreis nachmals als geliehen [7]) zu behalten: so contrahirt er durch den geschehenen Verkauf ein Darlehn. b) Oder wenn Jemanden das, was er selbst schuldig ist oder, als bei ihm [8]) deponirt, zurückliefern müßte, oder auch was ein Dritter schuldig ist, von demjenigen, wel-

1) §. 2. init. I. quib. alien. lic. (2. 8.) Hat der Empfänger im bösen Glauben verbraucht, so hat der Eigenthümer der verbrauchten Sache die actio ad exhibendum gegen ihn.

2) l. 11. §. 2. l. 13. pr. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.)

3) l. 19. §. 1. D. eodem. l. 15. D. de reb. dub. (34. 5.) l. 56. §. 2. D. de fidejuss. (46. 1.) v. Glück Pand. B. 12. §. 781. S. 38—42.

4) l. 2. §. 3. D. de reb. cred. (12. 1.)

5) l. 2. §. 2. D. eodem.

6) l. 15. D. eodem.

7) l. 11. pr. D. eodem. Bis zum Verkauf ist es contractus innominatus, durch den Verkauf wird das pretium zum Darlehn. l. 19. pr. D. de praescr. verb. (19. 5.) Vgl. die folgende Note wegen der widersprechenden l. 34. pr. D. mand. (17. 1.) —

8) l. 34. pr. D. mandat. (17. 1.) verb. „nec huic.“ l. 9. §. 9. D. de reb. cred. (12. 1.)

chem es gehörte oder geschuldet wird, als Darlehn gelassen worden ist [1]): so reicht auch dieß zum Entstehen des Darlehns hin. c) Ferner wenn in Jemandes Namen, ohne dessen Zuthun oder Vorwissen (also ohne Eigenthumsübergang), einem Anleihenden eine Zahlung von einem Dritten [2]) geleistet wird: so stellt sich dadurch der Empfänger als Schuldner und derjenige, in dessen Namen gezahlt wird, als Gläubiger dar. d) Auch wenn der Empfänger das mutuum, das er wirklich empfangen hat, von einem andern als dem eigentlichen Geber zu empfangen glaubte [3]) (condictio Juventiana nach dem Urheber dieser Erklärung genannt): so hat der wahre Geber dennoch die Klage aus dem Darlehn. — Auch der Empfänger des Darlehns muß, wenn der Contract gültig seyn soll, die Fähigkeit zu veräußern haben; denn er verbindet sich, bei der Rückgabe wieder Eigenthum zu übertragen. Also kann einem Pupillen oder erklärten Verschwender ein Darlehn [4]) nicht gegeben werden. Jedoch macht der Fall, daß solche Personen sich durch das eingegangene Geschäft bereichert finden,

1) l. 15. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 3. §. 3. D. de SC. Maced. (14. 6.) verb. „licet coeperit esse mutua pecunia." Man muß annehmen, daß bei dieser Verwandlung von Schuld in Darlehn kein Eigenthum übergeht. Nach Justinians Bestimmung ist dem Ulpian der Vorzug zu geben vor dem Africanus, dessen Meinung sich in l. 34. pr. D. mand. (17. 1.) findet. Cujac. ad h. l. (Tractat. ad African. c. 8.) et observ. lib. 8. c. 3. Vinnii sel. quaest. lib. 1. c. 40. An den Unterschied zwischen einer Abrede unter praesentes oder unter absentes denkt Africanus offenbar nicht. v. Glück's Pand. Bd. 12. §. 779. S. 6—18.

2) l. 2. §. 4. l. 9. §. 8. l. 15. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 2. C. per quas pers. nob. acq. (4. 27.) v. Glück Pand. Bd. 12. §. 779. S. 18 — 23. l. 34. pr. D. mandati (17. 1.) verb. „item quod" etc.

3) l. 32. D. de reb. cred. (12. 1.) Pufendorf Tom. 2. obs. 183. Höpfner Comm. §. 1102. v. Glück Pand. Bd. 12. §. 779. S. 23 — 26.

4) l. 59. D. de O. et A. (44. 7.)

eine Ausnahme; es kann dann geklagt werden, so weit diese [1]) Bereicherung (in rem versio) reicht. — Daß die wirkliche Eingehung des Darlehns im Römischen Recht erst mit der Auszahlung selbst geschah, Verabredung darüber bloß ein nicht klagbares pactum war (sofern nicht eine feierliche Stipulation hinzutrat), daß bei uns aber schon aus dieser einfachen Verabredung auf die Auszahlung des Darlehns geklagt werden kann, folgt aus den oben ausgeführten Grundsätzen (vgl. §. 448.). Im Falle jedoch ein Jude an einen Christen leihet: so ist nach Deutschen Reichsgesetzen [2]) eine gerichtliche Errichtung des Darlehnsvertrags zu dessen Entstehung erforderlich.

B. Verbindlichkeit aus dem mutuum.

§. 450.

Bei uns ist auch des Darleihers Verbindlichkeit aus dem Contracte zu berücksichtigen; denn sie tritt schon vor der Auszahlung durch die bloße Abrede ein. Er ist verpflichtet, das Darlehn wirklich auszuzahlen und es, falls die Abrede sich über eine Zeit, in der es nicht zurückgefordert werden solle, erstreckt, während derselben dem Anleihenden zu lassen. Ist jedoch eine solche Frist des Ueberlassens nicht verabredet, so kann das Darlehn stets aufgekündigt werden; wobei dann der Darleiher nach Billigkeit einige kurze Frist zur Rückzahlung dem Schuldner [3]) gestatten muß. — Der Darleiher muß das Geld oder die Fungibilien, welche er hergiebt, in guter Beschaffenheit geben. Sollte aus der Vernachlässigung dieser Pflicht dem

1) l. 13. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 4. §. 4. D.

2) R. Absch. v. 1551. §. 79.

3) l. 105. D. de solut. (46. 3.) „Nec enim cum sacco adire debet.“ v. Glück Pand. §. 784.

Schuldner ein Schaden drohen oder erwachsen: so kann er nach dem Röm. Rechte, das für diesen Fall, da eine actio contraria hier nicht Statt finden konnte, keine Contractsklage hatte, eigentlich nur mit der actio de dolo sich helfen [1]); bei uns jedoch muß folgerecht auch aus dem Darlehn der Schuldner gegen den Gläubiger auf Schadensersatz und rechtliche Leistung des Versprochenen zu klagen berechtigt seyn. Der Empfänger des Darlehns wird zwar dessen Eigenthümer [2]), muß aber (und zwar nach einer obligatio stricti juris) zur rechten Zeit in gehöriger Quantität und Qualität (gleichen Werth) restituiren [3]). — Da die Deutsche Ansicht der Verträge beide Contrahenten in gleichem Maße bindet: so folgt, daß der künftige Schuldner beim Darlehn, dieses annehmen muß, wenn auch das Gegentheil bei den Römern galt. Denn schon durch die bloße Verabredung entsteht jetzt ein vollgültiger Vertrag, obgleich die Verpflichtung zur Wiedergabe der Natur der Sache nach nicht früher als nach geschehenem Empfange entstehen kann [4]). — Die rechte Zeit [5]) der Zurückgabe ist zunächst die von den Parteien ausdrücklich

1) Diese und die actio legis Aquiliae kommt beiden Theilen wegen etwanigen Schadensersatzes aus dem Darlehn zu. Höpfners Comm. §. 769. v. Glück l. c. §. 783.

2) Auch die Gefahr geht mit dem Eigenthume auf den Anleihenden über, so daß der Untergang des empfangenen Darlehns ihn von der Wiedererstattung nicht befreiet, er mag davon schon Nutzen gezogen haben oder nicht. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß er etwa eine Sache zum Verkauf bekam und den Erlös daraus als Darlehn behalten sollte, die Sache aber vor dem Verkauf zu Grunde ging; ausgenommen wenn etwa der Gläubiger selbst die Absicht gehabt hatte, die Sache zu verkaufen. l. 4. l. 11. D. pr. de reb. cred. (12. 1.)

3) l. 2. pr. l. 3. D. de reb. cred. (12. 1.) pr. I. quib. mod. re contr. (3. 15.) Ueber Eigenthümlichkeiten der Rückzahlung in Gelde s. Thl. 1. §. 190 a.

4) l. 30. D. de reb. cred. (12. 1.) S. dagegen v. Glück Pand. Bd. 12. S. 1. 2.

5) v. Glück Pand. Bd. 12. §. 784.

bestimmte, welche sie meistens von einer Kündigung (Losung) abhängig machen. Fehlt es an einer solchen Verabredung, so kann manchmal die Zeit der Restitution aus dem nebenher ausgedrückten Zwecke des Darlehnsgeschäftes oder andern Aeußerungen geschlossen werden, welche die Absicht der Contrahenten wahrscheinlich machen. Fehlt es auch an solchen Wahrscheinlichkeiten, so kann jederzeit das Darlehn zurückgezahlt wie zurückgefordert werden; eine Kündigungsfrist ohne besondere Verabredung ist ohne allen Grund. — Eine geringere Quantität und Qualität herauszugeben, konnte schon bei den Römern ausgemacht werden, welche jedoch mehr, als empfangen, wiederzugeben als nicht gültig versprochen ansahen. Man nahm an, daß ein Realcontract durch Nebenverabredungen nur insofern erweitert werden könne, als diese ihm nicht wesentlich widersprechen; wobei man dann eine Nebenverabredung auf Wiedergabe eines Mehreren als einen solchen wesentlichen Widerspruch [1]) ansah. Wozu aber ein pactum nicht hinreichte, das konnte bei den Römern durch eine besondre, dem Geschäfte den Namen foenus [2]) gebende, Stipulation [3]) gemacht werden; durch sie versprach man gültig Zinsen. Sonst brachte selbst der Verzug [4]) beim Darlehn keine Zinsen hervor. — Bei uns ist ein einfacher auf Zinsen gerichteter Nebenvertrag, so wie auch der Verzug [5])

1) l. 17. pr. D. de pactis (2. 14.) l. 11. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.)

2) Vinnii sel. quaest. lib. 2 c. 9.

3) l. 1. 3. 4. D. de usur. (22. 1.) l. 3. C. de usur. (4. 32.) — Ausnahmsweise reichte schon bei den Römern ein pactum hin a) bei dem von Seiten einer Stadt gegebenen Darlehne. l. 30. D. eod. b) Beim Darlehn auf Seegefahr. l. 5. §. 1. l. 7. D. de naut. foen. (22. 2.) c) Beim Korndarlehn. l. 12. C. de usur. (4. 32.) d) Wenn Argentarii darliehen. Nov. 136. c. 4.

4) l. 24. D. de praescr. verb. (19. 5.) J. H. Boehmer de fund. usur. pec. mut. §. 3 – 12. (Ex ad P. Tom. 4.)

5) R. Absch. v. 1600. §. 152.

hinreichender Grund, Zinsen zu fordern [1]); aber ohne Zinsvertrag [2]) ist das Darlehn auch noch jetzt zinsfrei, da es gar keinen rechtlichen Grund giebt, das Gegentheil anzunehmen. — Gegen den Schuldner hat der Darleiher die Contractsklage, condictio certi (ex mutuo) [3]). Ihre Verjährung kann erst von demjenigen Tage an laufen, an welchem nach Verabredung oder Kündigung die Zurückzahlung hätte erfolgen müssen.

C. Pecunia trajectitia.

§. 451.

Pecunia trajectitia oder foenus nauticum selbst ist zwar bei uns nicht mehr üblich; allein da verwandte Geschäfte vorkommen, kann dieß Institut doch nicht als Antiquität betrachtet werden. Es ist eine besondre Art des Darlehns, welche darin bestehet, daß Geld geliehen wird, das entweder baar oder (dem Darlehnscontracte ausdrücklich zufolge) in Waaren verwandelt [4]) über das Meer gebracht werden soll und dessen Gefahr auf der Reise der Gläubiger des Geldes besonders [5]) übernommen hat. Es ist ihm dafür gesetzlich ein außerordentlicher Vortheil im glücklichen Falle gestattet. — Ein Darlehn, das zu jenem Zwecke gegeben ist, braucht nicht eher erstattet zu werden, als das Schiff glücklich da angekommen ist, wohin

1) v. Glück Pand. Bd. 12. §. 783. Schilter Ex. ad P. 8, 19—22.

2) Wobei sich jedoch von selbst versteht, daß der Zinsvertrag auch stillschweigend abgeschlossen werden kann. Wer sich darauf bezieht, muß die schlußberechtigenden Thatsachen nachweisen. Vgl. v. Glück l. c. §. 779. und Not. 21.

3) pr. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15), wohl auch actio mutui genannt. l. 5. Cod. quib. non obj. longi temp. praescr. (7. 35.) v. Glück l. c. §. 785.

4) l. 1. D. de naut. foen. (22. 2.)

5) l. 2. C. eod. (4. 33.)

es nach der Verabredung bestimmt war. Die Unglücksfälle, welche genau auf diesem Wege das Darlehn als den Inhalt des Schiffs treffen, trägt der Darleiher, und das Darlehn [1]) erlischt also, wenn das Schiff untergehet; aber für Unglücksfälle [2]) vor oder nach der Seereise und nach der Ausladung des Schiffs steht er nicht ein. Befindet sich der Schuldner in culpa [3]), so hat der Gläubiger ebenfalls den Verlust nicht zu tragen. — Er konnte dagegen vor Justinian noch mehr und seit dessen Gesetzgebung 12 p. C. jährliche Zinsen [4]) (außer der Wiedererstattung des Hauptstuhles) nehmen; jedoch nicht auf die ganze Dauer des Darlehns, sondern bloß [5]) auf die der Seegefahr, da für den Rest der Zeit bloß gewöhnliche Zinsen zugebilliget werden. Schon aus dem pactum nudum konnten auch bei den Römern die Zinsen eines nauticum foenus gefordert werden (s. S. 182. Note 3.) — Auch in andern Fällen der Uebernehmung einer Gefahr des Capitals ist der Grundsatz des nauticum foenus schon nach Römischem Rechte [6]) anwendbar; wiewohl die Ausartung solcher Darlehn ins Hazardspiel ausdrücklich verboten ist (si modo in aleae speciem non cadat). Ueber die von Justinian gemachte Beschränkung der Zinsen auf jährlich 12 Procent setzt man sich bei uns auf den Grund Deutscher Rechtsgewohnheit hinweg [7]).

1) l. 6. D. de naut. foen. (22. 2.) l. 4. C. eod. (4. 33.)

2) l. 3. l. 6. fin. D. eodem. (22. 2.)

3) l. 3. Cod. eod. (4. 33.)

4) l. 26. §. 1. C. de usur. (4 32.) Monatlich ein Procent, centesima.

5) l. 4. D. de naut. foen. (22. 2.) l. 1. C. eod. (4. 33.) Ist ein Aversionalquantum als Assecuranzvergütung versprochen, so kommt es natürlich auf die Berechnung der Zeit, in welcher die höhere Zinse erlaubt war, nicht an.

6) l. 5. pr. D. de naut. foen. (22. 2.)

7) Stryk us. mod. p. 22, 2. §. 1. Eichhorn Deut. Priv. R. §. 107. und §. 108—117.

D. Einrede wegen Nichtzahlung gegen eine Handschrift über ein Darlehn.

§. 452.

Wegen der nicht selten geschehenden frühern Ausstellung des Empfangscheines über darzuleihendes Geld, das der Aussteller noch wirklich gar nicht oder zum Theil nicht empfangen [1]) hat, sondern erst nach Ablieferung des Scheins empfangen soll, hat das Römische Recht vorgeschrieben, daß die ausgestellte Urkunde erst nach Ablauf zweier Jahre vom Tage derselben an beweisen soll [2]). — Wird vor dieser Zeit aus dem Scheine geklagt: so kann der Aussteller desselben durch die Einrede des nicht gezahlten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae) bewirken, daß die Beweiskraft des Scheins als nichtig angesehen wird und der Beweis der Zahlung, soweit sie abgeleugnet worden, von Seiten des Klägers auf andere Weise geführt werden muß [3]). Wenn aber derjenige, welchem der Schein ausgestellt ist, mit dem Besitze desselben ohne zu klagen sich begnügt, die Zahlung aber nicht geschehen ist: so kann der Aussteller die querela non numeratae pecuniae (eigentlich eine condictio causa data, causa non secuta) anstellen, welche die größte Aehnlichkeit mit unsern heutigen Provocationen zum Klagen hat, oder eine Protestation [4]) wegen der nicht geschehenen Zahlung beim Richter einlegen.

1) l. 2. l. 9. C. de non num. pec. (4. 30.) v. Glück Pand. Bd. 12. §. 786. S. 143—151.

2) §. un. I. de literar. obligat. (3. 22.) l. 14. pr. C. de non num. pecunia (4. 30.)

3) l. 3. C. eodem. Es ist diese Einrede also nicht eine wahre Einrede zu nennen, sondern wie eine verneinende Einlassung anzusehen, welcher der fragliche Schuldschein als Beweis nicht entgegengesetzt werden kann. Pfeiffer vermischte Aufs. S. 132. Maier de vera except. non n. p. indole §. 7—10. v. Glück Pand. Bd. 12. §. 786. S. 104.

4) l. 14. §. 4. Cod. cit.

Wenn das darauf folgende Verfahren für den, welcher excipirt, querulirt oder protestirt, mit einer günstigen Entscheidung, oder die Protestation auch nur mit der Beruhigung des Scheininhabers endigt: so hat das Chirographum seine Beweiskraft auf immer [1]) verloren. Nach verlaufenem Zeitraume kann er die Hülfsmittel nicht mehr anwenden und die Urkunde beweiset dann, auch wenn der Aussteller nichts empfangen hätte. Es bleibt ihm dann, der Praxis nach und in Uebereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen, noch die Einrede der Arglist und jeder indirecte Gegenbeweis. Denn wenngleich die Handschrift nach abgelaufenen zwei Jahren vollständig beweiset, kann der indirecte Gegenbeweis und der Beweis des dolus, welcher immer auch einen indirecten Gegenbeweis bildet, aus dem Grunde nicht ausgeschlossen werden, weil daneben die durch den Schein bewiesene Thatsache als formell richtig immer gedacht werden kann [2]). Wer aber auch diese Ansicht problematisch findet, muß doch zugestehen, daß der Aussteller dann die exceptio doli hat, wenn der scheinbare Gläubiger ihn durch betrügliche Vorstellungen bewogen hat, bis über den Verlauf der zwei Jahre mit den Vorkehrungen gegen die Beweiskraft des Scheines zu warten; und sollte er bezahlt haben, auf diesen Grund auch die actio doli gebrauchen kann. — Ob der Schuldner in der Hand-

1) l. 3. 7. 14. §. 4. Cod. de non num. pec. (4. 30.)

2) Thibaut Pand. Syst. §. 899. §. un. Inst. cit. und l. 14 pr. Cod. de non num. pec. (4. 30.), so wie Nov. 100. c. 1. §. 2. lassen die Sache unentschieden; l. 3. C. eod. nennt aber ausdrücklich beide Einreden disjunctiv „seu doli, seu non numeratae pecuniae," und es kann aus dem Verluste der einen die andere nicht geschlossen werden. C. ult. X. de praescr. (2. 26.) Höpfner Comm. §. 858. v. Glück Pand. Bd. 12. §. 787. S. 168 – 173. Vergl. übrigens Donell. ad l. 8. C. de non num. pec. (Opp. T. 8. p. 252 seqq.) und Gropp und Heise jurist. Abh. I. Bd. S. 379—385.

schrift erst auf diese hin oder schon vorher das Darlehn empfangen zu haben bekennt, ist gleichgültig [1]). Die ganze Regel von den Mitteln wegen nicht gezahlt erhaltenen Geldes geht aber nur auf das Darlehn (von der Dos s. unten §. 688.), nicht auf alle Schuldscheine über Etwas [2]), das man empfangen hat. Ist also in der Urkunde von einer andern Schuldursache die Rede: so kann die exceptio etc. non numeratae pecuniae nicht gebraucht werden. — Wo sie aber Statt findet, kann auch jeder Dritte sie gebrauchen, welcher aus dem Handscheine neben dem Aussteller Verpflichtungen hatte [3]), z. B. die Gläubiger des in Concurs gerathenen Ausstellers oder die Bürgen und die Erben desselben. — Diese Rechtsmittel gegen den Schuldschein wegen nicht geschehener Zahlung fallen aber weg, wenn irgend eine nachständige ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung von Seiten des Ausstellers hinzukommt [4]), z. B. wenn dieser Zinsen auf die in der Handschrift ausgedrückte Schuld bezahlt oder noch einen Schein daneben ausgestellt oder selbst unter den ersten Schein noch eine Quitung gesetzt hat, oder einen Bürgen stellt. Aber eine im Scheine schon bestellte Hypothek auf die fragliche Schuld oder ein bloßer Verzicht auf die exceptio non numeratae pecuniae darin, oder selbst ein

1) v. Glück Pand. §. 786. S. 105—111.

2) Auch die Ausdehnung auf den Schein über ein depositum ist unrichtig; denn alle Ausdrücke der Gesetzstellen gehen auf numerata pecunia, l. 5. C. 4. 30. redet bestimmt unter dieser Beschränkung, und Theophilus in der Paraphrase B. 3. T. 21. (ed. Reitz p. 672.) hat ausdrücklich die latein. Worte non num. *pecuniae* beibehalten; und die Erwähnung des depositi geschieht von Justinian bloß bei der Rüge eines Mißbrauchs. l. 14. Cod. cit. §. 1. Vgl. Donell. Comm. ad Cod. 4, 30. ad leg. 3. 5. 13. 14.

3) l. 8. l. 12. l. 15. C. de non n. pec. (4. 30.)

4) l. 4. l. 14. §. 1. fin. C. eodem.

eidliches Versprechen in der Handschrift, gegen welche man diese exceptio etc. geltend machen kann, nimmt die Wirkung derselben nicht hinweg [1]). — Hat ein Minderjähriger den Schein gegeben und die Frist zum Gebrauche der Rechtsmittel wegen Nichtzahlung ablaufen lassen: so muß ihm nicht nur innerhalb seiner Minderjährigkeit, sondern (s. unten §. 990.) bis zum Ablauf seines 29sten Jahrs Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen werden. Sollte ein Aussteller während der zwei Jahre der exceptio etc. non num. pecuniae gestorben seyn und minderjährige Erben hinterlassen haben: so können diese nur innerhalb 5 Jahre vom Tode ihres Erblassers an von jenen Mitteln Gebrauch machen [2]). — Man muß es wohl als eine Antiquität ansehen, daß der Schuldner [3]) mit dem Doppelten gestraft werden soll, wenn er diese Rechtsmittel gegen Nichtzahlung wider besseres Wissen gebraucht.

II. Commodatum.

A. Begriff des Commodats.

§. 453.

Der zweite Realcontract ist der des Leihens zum einstweiligen, nicht verbrauchenden Gebrauche, das Commodat, der Leihcontract. Er besteht darin, daß der eine Contrahent dem andern eine Sache zu einem bestimmten Zwecke und unter der Verbindlichkeit des Empfängers, eben [4]) diese individuelle Sache (mithin ohne daß Eigenthum auf diesen

1) l. 3. l. 16. C. eod.
2) Nov. 100. c. 2. pr. §. 1.
3) Nov. 18. c. 8.
4) l. 5. §. 12. D. comm. (13. 6.) §. 2. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.), während beim Darlehn nicht dieselbe Sache restituirt wird (s. §. 449.). Cujac. Parat. ad P. 13, 6.; ad C. 4, 23.

übergehet) zurückzugeben, aushändiget oder überläßt[1]. Der Ueberlassende heißt commodans, der Empfänger wird commodatarius genannt. Der Zweck[2]), zu welchem die Sache überlassen wird, ist irgend ein geeigneter Gebrauch, welcher durch Zeitumstände, Oertlichkeiten und andere in der Sache selbst oder in besondern Nebenverabredungen liegende Umstände seine genaue Bestimmung und Grenze findet. Die überlassene Sache kann[3]) körperlich oder unkörperlich seyn, die körperliche beweglich[4]) oder unbeweglich, fungibel oder[5]) nicht fungibel; fungibele aber, dem Wesen des Contractes nach, nur insofern, als sie von dem beabsichtigten Gebrauche nicht verbraucht werden. Wesentlich jedoch ist, daß das Commodat nicht das Versprechen eines[6]) Lohnes für die Gebrauchsgestattung enthalte, weil das Geschäft sonst in einen andern Vertrag übergehet. — Da der Contract ein realer ist, so wurde er bei den Römern erst[7]) mit der Ueberlieferung der Sache perfect und klagbar; wie denn auch noch jetzt der Commodatar zu Restitution und seinen übrigen Verbindlichkeiten nicht eher verpflichtet seyn kann, als nach geschehener Empfangnahme. Zu dieser Annahme der Sache kann er aber, wenn der Commodant ein Interesse dabei hat, eben so gut wegen der Deutschen allgemeinen Klagbarkeit der Verträge genöthiget werden, wie

1) Der Commodant hat aber nie eine Handlung aus diesem Contracte zu leisten. v. Glück Pand. Bd. 13. §. 853. S. 428.

2) l. 5. §. 12. l. 17. §. 3. D. commod. (13. 6.) l. 1. pr. §. 2. l. 15. §. 1. D. de precar. (43. 26.) v. Glück a. a. O. S. 430.

3) l. 3. l. 15. §. 2. D. de precario (43. 26.)

4) l. 1. §. 1. D. commodati (13. 6.) l. 17. pr. D. de praescr. verb. (19. 5.) S. v. Glück Pand. l. c. §. 857. S. 451—457.

5) l. 3. §. 6. l. 4. D. commod. (13. 6.) l. 55. de solut. (46. 3.)

6) §. 2. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) l. 5. §. 12. D. commod. (13. 6.)

7) §. 2. I. cit. l. 1. §. 3. D. de O. et A. (44. 7.)

der Commodant zur Ablieferung; wodurch denn bei uns das commodatum und das pactum de commodando gewissermaßen zusammenfällt.

B. Folgen des Commodats.

§. 454.

Der Empfänger des Commodats ist verbunden, die Sache ordentlich zu gebrauchen und gehörig zu restituiren. Die Sache darf er also nicht anders als für sich selbst [1]) und als zu ihrem bestimmten, entweder verabredeten oder sonst erhellenden Zwecke [2]) mit größter Sorgfalt anwenden. Ist dieß geschehen, so steht der Commodatar nicht für die gewöhnliche Abnutzung der Sache durch den Gebrauch [3]). Er haftet für die geringste [4]) Fahrlässigkeit, und muß namentlich auch custodiam prästiren, wenn das Commodat, wie gewöhnlich, zu seinem Vortheile dienet; sollte es ausnahmsweise zum Nutzen des Herleihers eingegangen [5]) seyn: so steht der Commodatar nur für culpa lata. Ist der bestimmte Gebrauch zu Ende, so muß der Empfänger die Sache mit allen denjenigen Accessionen [6]), welche nicht ihm selbst zukommen, zurückgeben. Sollte sie durch seine Schuld untergegangen seyn, so [7]) muß er sie ersetzen. — Wenn mehrere Commodatare in einem und demselben Contracte vereiniget sind: so haften sie wegen der Sache

1) Eine Ueberlassung an Dritte und der Vortheil daraus steht ihm nicht zu. l. 13. §. 1. D. commod. (13. 6.)

2) §. 6. 7. I. de obl. quae ex delicto (4. 1.) l. 54. §. 1. de furt. (47. 2.)

3) l. 10. pr. D. commod. (13. 6.)

4) l. 5. §. 2. 4. 10. 15. l. 18. pr. D. commod. (13. 6.) §. 2. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) l. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.)

5) l. 5. §. 10. l. 10. §. 1. l. 18. pr. D. commod. (13. 6.)

6) Vergl. Thl. 1. §. 192. 193. und §. 207.

7) l. 5. §. 9. D. eod. l. ult. §. 3. C. de furt. (6. 2.)

selbst, die sie restituiren müssen, einer für alle, und alle für einen (in solidum), so wie sie denn auch eben so [1]) für den Werth der zu ersetzenden Sache, welche beim Gebrauche untergegangen ist, verpflichtet sind. Aber im letztern Falle hat jeder Einzelne von den Empfängern die Einrede [2]) der Theilung. Werden mehrere Erben [3]) eines Commodatars belangt, eine Sache zu restituiren oder zu ersetzen: so haften diese nicht gemeinschaftlich, sondern bloß nach dem Belange ihres Erbtheils, sofern nicht der Beklagte Erbe böswillig die Rückgabe der ganzen Sache, die er leisten könnte, unterläßt; in welchem Falle er in solidum haften soll. Hat nach Untergang des geliehenen Gegenstandes der Commodant seine Sicherung oder Entschädigung schon von einem Dritten erhalten: so haftet dafür kein anderer Commodatar [4]) mehr. — Da der Empfänger wegen Verwendungen oder sonstiger in Verbindung mit dem Contracte stehender Forderungen einen rechtlichen Anspruch gegen den Commodanten geltend machen zu wollen, häufig in die Lage kommen kann: so hat er die actio commodati contraria [5]) wegen seiner sämmtlichen zufälligen Ansprüche aus dem Contracte; auch kann er deßhalb durch Retention [6]) der Sache sich helfen. Jedoch ist er nicht berechtiget, die Einrede, daß die ihm geliehene Sache das [7]) Eigenthum eines Dritten sey, der Contractsforderung des Commodanten entgegenzustellen; daß sie sein (des Empfängers) Eigenthum sey, kann er nur dann exci-

1) l. 5. §. 15. D. comm. (13. 6.)
2) Nov. 99. c. 1. Stryk U. M. L. 13. T. 6. §. 9.
3) l. 3. §. 3. D. comm. (13. 6.)
4) l. 7. pr. D. eodem.
5) l. 17. §. 1. D. eodem.
6) l. 15. §. 2. l. 59. de furtis (47. 2.)
7) l. 15. D. commod. (13. 6.) Cocceji j. c. L. 13. T. 6. qu. 1. 2.

piren, wenn diese Einrede sofort liquide ist [1]). Sollte der Commodant nicht mit der Contractsklage gegen den Commodaten auftreten, sondern die geliehene Sache als Eigenthümer zurückfordern: so kann natürlich [2]) jede Einrede gegen dieß Eigenthum geltend gemacht werden. — Die Contractsklage des Commodanten heißt actio commodati directa [3]) und geht auf alle dem Herleiher aus dem Contracte erwachsenden Rechte. Dieser hat dagegen auch Verbindlichkeiten; nämlich er muß a) dem Commodatare das Geliehene bis zu dem Zeitpuncte, welcher verabredet oder durch den Zweck des Gebrauches bestimmt ist, überlassen [4]). Falls der Commodant die Sache während des Commodats veräußert oder deren revocabeles Eigenthum verliert: so ist der neue Eigenthümer an den Contract des vorigen mit dem Commodatar nicht gebunden; der Commodant ist dem Letztern aber Ersatz des aus dem etwa unterbrochenen Gebrauche folgenden Schadens schuldig. Dieß richtet sich nach der Analogie der Miethe (s. §. 469.); b) er muß dem Commodatare [5]), wenn das Geschäft zu dessen Vortheile wesentlich abzielte, den Schaden erstatten, welcher von ihm demselben durch grobe Fahrlässigkeit und durch Bosheit zugefügt ist; im Falle das Geschäft den Nutzen des Herleihers ebenfalls bezweckt [6]),

1) l. 25. C. de locat. (4. 65.) l. 31. D. depos. (16. 3.) Müller ad Leyser. obs. 443.

2) Weber, Beiträge zu der Lehre von den Kl. u. Einreden. 2. 3. St. S. 85—111.

3) l. 1. §. ult. l. 2. 3. l. 17. §. 1. D. (13. 6.)

4) l. 17. §. 3. D. comm. (13. 6.) Wegen Mißbrauchs und zu langer Fortsetzung des Gebrauchs kann der Herleiher kündigen. v. Glück Pand. Bd. 13. S. 446 ff.; aber nicht wegen eigenen Bedürfnisses, falls er sich dieß nicht vorbehalten hat. Vgl. auch Höpfner Comm. §. 772. Not. 1.

5) l. 18. §. 3. l. 22. D. eodem.

6) l. 17. §. 3. in fin. l. 18. §. 3. l. 22. D. commod. (16.3.) Hasse Culpa §. 95. S. 497.498.

haftet dieser dem Commodatar auch für geringe Versehen, aus denen diesem Schaden erwachsen ist. c) Er muß ferner alle Ausgaben, welche nothwendig und nach einem vernünftigen Maßstabe nicht unmäßig vom Commodatare auf die Sache verwandt sind, diesem ohne Ausnahme vergüten, sofern der Empfänger nicht durch den Vortheil, welchen er von dem Commodate zog, entschädiget ist. Hat der Herleiher in andere Verwendungen nicht [1]) eingewilliget, so ist er zu deren Ersatz auch nicht verbunden. d) Wenn der Empfänger die Sache verlor und dafür dem Herleiher Ersatz leistete: so muß, wenn die Sache nachher unentgeltlich wieder in das Eigenthum des Commodanten zurückkehrte, dieser dem Commodatare entweder den bezahlten Ersatz zurückgeben oder die Sache selbst aushändigen [2]). — Wenn die geliehene Sache durch einen [3]) reinen Zufall untergeht oder beschädiget wird: so trägt der Eigenthümer (der Commodant) den Schaden [4]), welchen der Empfänger also nicht zu ersetzen braucht; und dieß wird ebenfalls gelten müssen, wenn die Sache, schon dem Zwecke des Geschäftes nach, einer besondern [5]) Gefahr oder Wagniß ausgesetzt, in Folge derselben aber beschädiget oder vernichtet wird. Daß hiervon bestimmte Verabredungen [6]) zwischen Herleiher und Empfänger Abweichungen bewirken können, versteht sich von selbst.

1) l. 18. §. 2. D. eod. l. 15. §. 2. l. 59. de furt. (47. 2.)

2) l. 17. §. 5. D. commod. (13. 6.)

3) Den Zufall, welchen die Schuld des Commodatars erst veranlaßte (s. g. casus mixtus) trägt der Veranlassende. l. 10 — 12. D. commod. (13. 6.)

4) l. 5. §. 4. l. 18. pr. l. 23. D. eod.

5) l. 5. §. 7. l. 10. pr. l. ult. D. eod.

6) l. 5. §. 3. D. commod. (13. 6.)

III. Depositum.

A. Begriff und Eingehung.

§. 455.

Der dritte Realcontract ist das Depositum [1]) (Niederlegungs- oder Hinterlegungsvertrag) und dieß besteht in der durch Ueberlieferung geschehenden Anvertrauung einer Sache von dem einen der Contrahenten (deponens, depositor) zu unentgeltlicher Aufbewahrung von Seiten des andern Contrahenten (depositarius). Der Natur der Sache nach kann [2]) dieser Vertrag auch sehr wohl, abgesehen von seiner realen Eingehung, als eine Art des Mandats angesehen werden, und zwischen jenem und diesem Contracte ist, die Grenze genau zu bestimmen, nicht ohne Schwierigkeit. Das Römische Recht behandelt aber beide als ganz verschieden und sieht beim Depositum das Zurückgeben als die Hauptverbindlichkeit an; so daß eine Anwendung der Grundsätze des Mandats [3]) auf das Depositum nicht Statt findet. — Die Erfordernisse dieses Vertrags sind: A) Daß die Verbindlichkeit dessen, welcher die Sache zur Aufbewahrung empfing, auch bloß auf die Aufbewahrung [4]) gerichtet ist. Hierin liegt der Hauptunterschied des Depositums vom mandatum de custodiendo oder jedem andern Mandate oder Beauftragungscontracte,

1) l. 1. pr. D. depos. (16. 3.) v. Glück Pand. B. 15. §. 939. Depositum, commendatum. l. 186. D. de V. S. (50. 16.) l. 24. D. depos. (16. 3.) Donelli comm. 14, 2.

2) Heise Grundriß 3te Ausgabe 3. B. Cap. 7. Note 1.

3) Z. B. das Depositum erlischt nicht durch den Tod der Contrahenten, wie das Mandat erlischt. l. 1. §. 19. l. 9. l. 14. §. 1. l. 22. D. depositi (16. 3.)

4) l. 5. §. 4. D. de praescr. verb. (19. 5.)

der wesentlich auf ein (thätiges) Handeln gerichtet ist[1]). Manchmal wird aus einem Mandate nach und nach ein bloßer Aufbewahrungsauftrag; dann [2]) bleibt aber die Natur des Mandats, aus welchem sich der letztere bloß entwickelt. — B) Die Aufbewahrung muß unentgeltlich[3]) übernommen, also kein Lohn bedungen werden, wenn das Geschäft depositum seyn soll. Daß hinterher ein Honorar für den Aufbewahrer hinzukommt, ändert jedoch an dem Wesen des Geschäfts nichts. — C) Auch darf die Sache dem Depositar nicht selbst gehören[4]), wenn der Begriff des Depositencontracts bestehen soll; indessen ist es dazu gleichgültig, ob die deponirte Sache dem Deponenten selbst oder ob sie einem Dritten gehört [5]). — D) Es muß beim depositum eine bewegliche, körperliche Sache der Gegenstand des Contractes seyn [6]). Wiewohl Viele andrer Meinung sind, kann man nach unsern Quellen eine unkörperliche, unbewegliche deponirte Sache nicht annehmen; deponere, depositum, geht dem Wortverstande gemäß nur auf Bewegliches und Körperliches, und die Gesetzstellen enthalten kein Beispiel von einem unbeweglichen oder unkörperlichen Depositum. — E) Die Sache muß endlich, damit sie das Depositum begründe, gleich anfangs zum Zwecke der Aufbewahrung überliefert[7]) und der Contract dadurch abgeschlossen seyn. — Daß jetzt aber schon durch die bloße Uebereinkunft [8]), de-

1) l. 1. §. 11—13. D. deposit. (16. 3.)

2) l. 8. pr. D. mandati (17. 1.)

3) l. 1. §. 8. 9. D. depositi (16. 3.) l. 2. §. 21. D. vi bon. rapt. (47. 8.)

4) l. 15. l. 31. fin. D. depos. (16. 3.) l. 45. pr. D. de R. J. (50. 17.)

5) l. 1. §. 39. l. 16. D. deposit. (16. 3.)

6) Cocceji j. c. Lib. 16. T. 3. qu. 3.

7) l. 1. §. 13. D. depos. (16. 3.)

8) Nicht bloß pactum de deponendo, sondern auch de deposito recipiendo.

poniren und annehmen zu wollen, eine Klage auf Annahme hervorgebracht wird (wiewohl die Verbindlichkeiten aus der Niederlegung und Annahme des Depositums erst Folgen des wirklichen Eintritts derselben bleiben), versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst.

B. Folgen des Depositums.

§. 456.

Der Depositar hat die Verbindlichkeit, die ihm abgelieferte, aufzubewahrende Sache gehörig [1]) in Acht zu nehmen, und haftet dabei, ohne daß er dieselbe gebrauchen darf, für Bosheit, Fahrlässigkeit und Verzug nach den allgemeinen Rechtsregeln [2]). In der Anwendung wird dabei oft vorkommen, daß der Depositar sich mit der Behauptung zu entschuldigen sucht, gewisse Gegenstände seyen nicht zu der deponirten Sache zu rechnen. Es ist dieses alsdann nach der ausdrücklichen Uebereinkunft zunächst, in deren Ermangelung aber nach der natürlichen Beschaffenheit der deponirten Sache zur Zeit der Deposition, zu beurtheilen und dabei auf anfänglich nicht mitdeponirte, sondern erst nachmals hinzugekommene Accessionen, wenn nichts über sie verabredet ist [3]), keine Rücksicht zu nehmen. In Ermangelung besonderer Bestimmung steht es dem

1) Das heißt auch: ohne sich vor der verabredeten oder aus den Umständen sich ergebenden Zeit vom Depositum frei machen zu können, sofern nicht sehr triftige Gründe dazu eintreten. l. 5. §. 2. D. depos. (16. 3.)

2) S. Thl. 1. §. 134—139. und Thl. 3. §. 386 ff. Mithin, bei dem in der Regel mangelnden Vortheile des Depositars in diesem Geschäfte, nur für dolus und culpa lata. l. 5. §. 2. D. commod. (13. 6.) l. 1. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.) l. 2. §. 6. 8. 35. D. depos. (16. 3.) l. 1. C. depos. (4. 34.) Hasse Culpa §. 95. S. 492.

3) l. 1. §. 5. D. depos. (16. 3.) l. 5. §. 9. D. commod. (13. 6.)

Depositar frei, Jemand an seiner Stelle zum Depositar zu ersehen, für welchen jener nur dann haftet, wenn er sich bei der Wahl desselben einer Fahrlässigkeit schuldig machte. Ist er von dieser frei und es tritt der Fall ein, daß der Deponent gegen den substituirten Depositar wegen contractwidrigen Verfahrens richterliche Hülfe anrufen will: so muß der erste Depositar seine Rechte gegen den Substituten dem Deponenten abtreten [1]), weil Letzterer sonst in keiner rechtlichen Verbindung mit dem zweiten Depositare sich befände, also ohne diese Cession nicht gegen denselben klagen könnte. — Auf Begehren des Deponenten muß der Depositar die niedergelegte [2]) Sache unverzüglich zurückgeben [3]), und hat namentlich nicht die Einrede, das Deponirte sey sein Eigenthum, — sofern er diese nicht sofort [4]) liquide macht; denn das Contractsverhältniß zwischen dem Deponenten und Depositar hat, wie bei einigen andern Verträgen auf Rückgabe, die Restitution der Sache zur wesentlichen Folge. Wer also, vom Deponenten belangt, gestehet, daß er Depositar sey, muß sofort restituiren, falls er nicht das Gegengewicht gegen diese Verpflichtung durch eine liquide Einrede hervorbringen kann, welche von der Rückgabe befreiet. Eben dieser Grundsatz entscheidet, wenn etwa ein Dritter gegen die Restitution der Sache protestirt; dieß kann den Depositar von der Rückgabe nicht befreien, außer wenn der Dritte mit der [5])

1) l. 16. D. deposit. (16. 3.) v. Glück Pand. Bd. 15. §. 946. S. 221 ff.

2) Entsteht Zweifel, ob und was deponirt und vom Depositar empfangen sey, so muß der Deponent den Beweis führen; am leichtesten geschieht dieß durch einen Depositenschein, welcher sogleich Beweiskraft hat. l. 14. §. 1. C. de non num. pec. (4. 30.)

3) l. 1. §. 22. 45. 46. D. depos. (16. 3.)

4) l. 15. l. 31. §. 1. D. depos (16. 3.). S. v. Glück a. a. O. §. 944. S. 196 ff.

5) l. 9. in fin. D. de rei

Eigenthumsklage gerichtlich gegen ihn verfährt und ihn dadurch abhält, die Sache zu restituiren. — Wegen Gegenforderungen hat der Depositar ein Retentionsrecht [1]) nicht und eben so wenig die Einrede der Compensation [2]). — Wenn Mehreren eine Sache anvertraut ist zur Aufbewahrung, so haften sie sammt und sonders; ihre Erben aber sind nicht mehr in solidum verpflichtet, sondern nur [3]) nach Maßgabe ihres Erbantheils. Wenn mehrere Deponenten in einem Contracte vereinigt sind, oder mehrere Erben eines Deponenten an dessen Stelle treten: so ist eine theilbare Sache an sie pro rata zurückzugeben. — Wenn der Erbe eines Depositars die zu restituirende Sache irrig als zu seinem Erbtheile gehörig betrachtete und als die seinige veräußert: so kann er für deren Werth bloß soweit haften, als er sich bereichert findet; handelte er aber dabei nicht aus Irrthum, sondern aus [4]) Arglist: so steht er für den ganzen Werth und Schaden ein. — Der dolus des Depositars giebt auch die Entscheidung der Frage an die Hand, ob gegen denselben, sofern er ein ihm verschlossen, versiegelt oder sonst verwahrt übergebenes depositum geöffnet oder erbrochen zurückgiebt, der Beweis dessen, was angeblich an dem Niedergelegten fehlt, durch einen Eid des Deponenten geführt werden könne. Ist nämlich ein dolus des Depositars als Grund des Erbrechens und

vind. (6. 1.) Nov. 88. c. 1. v. Glück Pand. Bd. 8. §. 586. S. 194 f. Bd. 15. §. 944. S. 191 ff.

1) l. 11. pr. C. deposit. (4. 34) l. 14 §. 1. C. de compens. (4. 31.) A. M. ist Vinnius sel. quaest. lib. 1. c. 51. Ueber die verschiedenen Meinungen der Glossatoren s. Glossa ad l. 11. pr. C. cit. Donell. ad Cod. loc. cit. l. 11. N. 9. v. Glück Pand. Bd. 15. §. 944. S. 199 ff.

2) Donell. l. c. Nr. 5.

3) l. 1. §. 36. 43. 44. l. 7. §. 1. l. 9. 10. 14. 17. pr. D. depos. (16. 3.) v. Glück a. a. O. §. 947.

4) l. 1. §. ult. D. depos. (16. 3.)

der Verletzung seiner Depositarverbindlichkeit klar oder erwiesen: so hat der Deponent das Recht, den Betrag des Mangelnden durch seinen Eid zu beweisen. Ist kein dolus des Depositars dabei vorhanden, so kann der Beweis des Mangelnden nur auf dem gewöhnlichen Wege des Beweises geführt werden [1]). — Die Klage, welche dem Deponenten gegen den Depositar auf alle aus diesem Contracte entspringenden Verbindlichkeiten desselben erwächst, ist die actio depositi directa; und sie kann auch nach natürlicher Ausdehnung (utiliter) von demjenigen Dritten gebraucht werden, welcher, obwohl eigentlich nicht im Vertrage mitenthalten, Auftrag zur Deposition an den Deponenten ertheilt hatte oder welchem [2]) die Restitution von Seiten des Letztern beim Depositar ausdrücklich bedungen war. Sollte aber ein Dritter statt des Depositars in den natürlichen oder juristischen Besitz der deponirten Sache gekommen seyn: so kann gegen diesen nicht mit der [3]) Contractsklage verfahren werden. — Der Deponent kann seinerseits [4]) nur zufällig in Verbindlichkeit bei diesem Vertrage gerathen. Er haftet dann für jeden [5]) Grad der Fahrlässigkeit; auch muß er dem Depositar alle diejenigen von demselben auf die Sache gemachten Verwendungen ersetzen, welche nothwendig [6]) oder vom Deponenten bewilliget sind. Sollte die Restitution, ohne daß sie vom De-

1) Auf andere Art ist diese Frage consequent nicht zu entscheiden; vgl. jedoch Stryk U. m. P. XVI. 3. §. 5. v. Glück Pand. B. 6. §. 491.

2) l. 1. §. 11. 33. l. 26. pr. D. depos. (16. 3.) l. 8. Cod. ad exhib. (3. 42.)

3) l. 1. §. 1. D. depos. (16. 3.)

4) Daher die actio depositi contraria des Depositars. l. 5. pr. D. depositi (16. 3.)

5) Namentlich auch für die fehlerhaften Eigenschaften der Sache, durch welche der Depositar zu Schaden kommt. l. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2.) l. 5. §. 2. D. comm. (13. 6.) l. 5. pr. D. depos. (16. 3.)

6) l. 12. pr. l. 23. D. depos. (16. 3.)

positar schwieriger gemacht ist, Kosten veranlassen: so hat diese der Deponent zu erstatten oder zu tragen, denn der Depositar braucht die Sache nur da, wo sie ohne sein Verschulden ist [1]), zu restituiren. — Ein unter Unglücksfällen oder von dringender Noth veranlaßtes Depositum z. B. bei Kriegs-, Feuers- oder Wassersgefahr, beim Erdbeben, Aufruhr oder einem durch ungerechte Uebermacht drohenden Verluste ist in den Rechten ausgezeichnet [2]). Man nennt es **depositum miserabile.** Der Depositar, welcher es dolose ableugnet, wird zum Ersatze des Doppelten [3]) verurtheilt und die Klage gegen ihn ist immer eine actio perpetua. Wegen eines andern [4]) dolus des Depositars steht dem Deponenten ein solches vorzügliches Recht aber nicht zu. Hat der Depositar abgeleugnet, so brauchen seine Erben nicht für das Doppelte zu haften [5]); wohl aber wenn sie selbst abgeleugnet haben. Für die Sache oder deren Werth haben sie aber immer zu haften und die Klage auch gegen sie ist nicht bloß einjährig [6]).

C. Depositum irregulare.

§. 457.

Das **depositum irregulare**, depositum notissimos terminos egrediens, ist vorhanden, wenn dem Depositar, im [7]) Gegensatz des ordentlichen Depositums, der Ge-

1) l. 12. §. 1. D. deposit. (16. 3.) Ist ein anderer Ort zur Restitution verabredet, als der der Deposition: so wird angenommen, daß der Transport dahin immer auf Kosten des Deponenten gehe. l. 12. pr. D. eod.

2) §. 17. I. de action. (4. 6.)

3) l. 1. §. 1—4. l. 18. D. deposit. (16. 3.) §. 26. I. de action. (4. 6.)

4) v. Glück Pand. Bd. 15. §. 945. S. 215.

5) §. 26. Inst. cit.

6) Wegen fin. l. 18. D. deposit. (16. 3.) S. Faber de error. pragm. dec. 76. err. 4. A. M. ist v. Glück Pand. Bd. 15. §. 945. S. 215 f. u. Not. 76.

7) l. 29. pr. D. depos. (16. 3.)

brauch der deponirten Sache verstattet ist. Man muß dabei fungibele von nicht fungibelen Sachen unterscheiden. — A) Ein unregelmäßiges Depositum bei fungibelen Sachen kann, außer der Verabredung, auch stillschweigend eingegangen werden, namentlich wenn die Sache [1]) zugezählt oder zugemessen wird. Es geht bei der unregelmäßigen Deposition fungibeler Sachen das Eigenthum und die Gefahr derselben auf den Depositar über, und es ist offenbar, daß es sich der Natur des Darlehns nähert. Ist aber die Absicht der Parteien Deposition, so bleibt das Geschäft ein Depositum und die Klage actio depositi [2]). Entsteht factischer Zweifel, ob Darlehn oder Depositum eingegangen sey, so entscheidet man für das Daseyn des Depositums, wenn das Geschäft zu Gunsten des Gebers geschlossen ist; dagegen für das Daseyn des Darlehns, wenn der Empfänger bei dem Geschäfte begünstiget zu seyn scheint. Wenn aber auch diese Merkmale nicht vorhanden sind, so muß man annehmen, es sey dargeliehen; denn dem Darlehn ist die Restitution bloß in der Gattung der Sache eigentlich zukommend [3]). Es kann auch der Fall eintreten, daß bei fungibeln Sachen Erlaubniß zum Gebrauch zwar gegeben, vom Depositar aber nicht ausdrücklich nachgesucht oder bedungen, dann aber auch nicht gemacht ist; hier ist offenbar das depositum ein regelmäßiges geblieben und Uebergang des Eigenthums und der Gefahr nicht eingetreten. Wenn aber der Gebrauch auf solche ungesuchte Gestattung geschiehet, so tritt das unregelmäßige depositum ein und wird gleichsam zum mutuum; und zwar von dem Augenblicke an, in

1) l. 31. D. locati (19. 2.) l. D. depos. (16. 3.) l. 31. verbis: „idem juris.“ med. D. locat. (19. 2.)
2) l. 24. 25. §. 1. l. 26. §. 3) l. 24. D. deposit. (16. 3.)

welchem der gestattete Gebrauch wirklich gemacht wird. — Wenn aber der Gebrauch auf besonderes Verlangen des Depositars bei der Deposition gestattet wird: so geht gleich anfangs das depositum in ein irregulares und darlehnähnliches über, der Depositar hat die Gefahr zu tragen und braucht nur dieselbe Quantität und Qualität, nicht die individuelle Sache, zu restituiren [1]), — es mag der wirkliche Gebrauch von ihm gemacht seyn oder nicht. — Trotz [2]) des scheinbaren Uebergangs in ein mutuum und der Anwendbarkeit der condictio ex mutuo in solchem Falle der Verwandlung des Niederlegungsvertrags, bleibt doch der Grundbegriff des Depositums [3]) auch und die actio depositi. Dieß folgt daraus, daß keine stillschweigende Novation eintreten kann. Der Geber hat also die Wahl zwischen jenen beiden Klagen; daß er sich bei der Depositenklage besser steht, bewirken die Vertrags- und respect. Verzugszinsen, die er mit dieser verfolgen kann [4]). — B) Bei den nicht fungibeln Sachen, welche deponirt sind, macht der Gebrauch des Depositars eine Aehnlichkeit mit dem Commodat; Uebergang der Gefahr und des Eigenthums kommt bei ihnen nicht vor. Aber die Fahrlässigkeit des Depositars ist dabei weit strenger, als beim regelmäßigen Depositum, zu rügen, weil er Vortheil von dem Geschäfte hat, wenn er die Sachen gebraucht. Es kommt auch hier darauf an, ob die Erlaub-

1) l. 1. §. 34. D. deposit. (16. 3.) l. 9. §. 9. l. 10. D. de reb. cred. (12. 1.)

2) l. 34. pr. D. mand. (17. 1.) l. 29. §. 1. D. depos. (16. 3.) v. Glück Pand. Bd. 15. §. 940. S. 154 ff.

3) Also gilt keine Retention; die Restitution muß, sobald der Geber es verlangt, geschehen ꝛc.

4) Woraus sich l. 29. §. 1. D. depos. (16. 3.) erklärt. Vgl. l. 24. l. 25. §. 1. l. 26. §. 1. D. eod. J. H. Boehmer de fund. usur. pec. mutuat. §. 12. (Ex. ad P. Tom. 4.)

niß zum Gebrauch von Seiten des Deponenten ungefordert gestattet, oder von Seiten des Depositars erbeten ist. Im ersten Falle macht erst der wirkliche Gebrauch die Sache dem Commodate gleich und verpflichtet den Depositar zur Leistung jeder Fahrlässigkeit [1]); im zweiten Falle aber, ohne Rücksicht auf wirklich gemachten Gebrauch, gleich vom Anfange an [2]). — Auch hier bleibt aber das Geschäft folgerechter Weise immer zugleich depositum. — Unsere Gesetzquellen reden von dem irregularen Depositum nichtfungibeler Sache nicht ausdrücklich.

D. Sequestration [3]).

§. 458. 459.

Wenn eine Sache [4]) einem Dritten zu dem Zwecke anvertrauet wird, damit dieser [5]) (sequester) bis zum Zeitpuncte der bestimmten Ablieferung dieselbe beaufsichtige oder aufbewahre, und damit man dadurch eine Rechtsverletzung verhüte: so heißt dieses Geschäft der Anvertrauung Sequestration. Sie ist eine Art des Depositums, sofern alle Erfordernisse des Depositums sonst noch vorhanden sind. Sie kann auf einer Anordnung des Gerichts beruhen und hat dann ihren Namen von der Nothwendigkeit der Befolgung (sequestratio necessaria) [6]); oder sie ist unter den

1) Er rechnet also auch Verwendungen zur Erhaltung gegen die Benutzung auf.

2) Arg. l. 9. §. 9. l. 10. D. eodem. Vgl. mit l. 4. pr. D. eod.

3) Trendelenburg de sequestrat. curatius finienda. Helmst. 1766. (Butzow 1775.) v. Gönner Handb. des Proc. 4. Bd. n. 80.

4) Auch bei Personen nimmt das canon. Recht Sequestration an. c. 14. X. de sponsal. (4. 1.) Hagemann u. Günther Archiv. 2. B. S. 172 ff. Vgl. l. 22. §. 8. D. solut. matr. (24. 3.) l. 39. de solut. (46. 3.) l. 6 Cod. depos. (4. 34.)

5) l. 110. D. de V. S. (50. 16.)

6) l. 21. §. 3. D. de appell.

Parteien willkürlich beliebt (seq. **voluntaria**) [1]; die erstere kommt nur bei streitigen, die letztere bei streitigen und nicht-streitigen Sachen vor [2]). Das Römische Recht kennt nur den einzigen Fall, daß der Sequestration ein Depositum zum Grunde liegt; allein hierauf braucht der obige Begriff nicht beschränkt zu werden. Indessen sind aus dieser Römischen Ansicht die einzelnen Bestimmungen über die Sequestration gefolgert: a) Der Richter kann für die Parteien [3]) die Sache zum Zwecke der Sequestration bei einem Dritten deponiren; oder auch mehrere Parteien können dieß gemeinschaftlich, — in welchem letztern Falle diese Mehreren als eine Person betrachtet [4]) werden. b) Der Sequester erhält in Ermangelung anderer contractmäßiger Bestimmung keinen Besitz, sondern bloß custodia mittelst der Detention [5]), ausgenommen, wenn bei ihm deponirt worden ist, um die Usucapion einer der Parteien zu sistiren; in welchem Falle gegen jede von ihnen die Uebertragung der Sache als Uebergang des Besitzes auf den Sequester zu betrachten ist. c) Der Sequester kann die Sequestration von sich abweisen und die übernommene wieder abgeben, jedoch nur aus [6]) gerechten Gründen, über welche der Richter entscheiden muß. d) Die Restitution von Seiten des Sequesters richtet sich nach der ihm deß-

(49. 1.) l. 3. C. quib. ad libert. procl. n. lic. (7. 18.) l. 5. C. quor. appell. n. recip. (7. 65.)

1) l. 6. §. 17. pr. D. depos. (16. 3.)

2) l. 7. §. ult. D. qui satisd. cog. (2. 8.) l. 11. §. 1. D. ad exhib. (10. 4.) l. 1. §. 37. l. 5. §. ult. D. depos. (16. 3.) l. 17. §. 5. D. praescr. verb. (19. 5.) l. 22. §. 8. D. solut. matr. (24. 3.)

3) l. 22. §. 8. D. cit. l. 21. §. 3. D. de appell. (49. 1.)

4) l. 6. l. 17. pr. D. deposit. (16. 3.)

5) l. 17. §. 1. D. depos. (16. 3.) l. 39. D. de acq. poss. (41. 2.) v. Savigny Besitz. §. 25.

6) l. 5. §. 2. D. depos. (16. 3.)

halb von dem Richter im Voraus ertheilten Vorschrift [1]), oder, in deren Ermangelung, nach der nunmehr eingeholten Anordnung des Gerichts. e) Sowohl die, als mehrere Deponenten zusammen angesehenen, Parteien gegen den Sequester, als dieser gegen sie, haben die actio depositi sequestraria [2]).

Der vierte Realcontract, pignus, Pfandvertrag, ist schon oben (§. 343 ff.) in Verbindung mit der Lehre vom Pfandrechte vorgekommen.

Zweite Abtheilung.

Von den Consensualcontracten.

§. 460.

Consensualcontracte (contractus consensu initi) sind diejenigen Verträge, welche das Römische Recht, auch ohne daß zu dem Einverständnisse der Contrahenten noch Etwas hinzutritt, — also des bloßen Einverständnisses wegen, — schon als Contracte ansiehet. Es sind nach der mehr zufälligen, als nothwendigen Entwickelung des Röm. Privatrechtes folgende fünf Consensualcontracte in demselben ausgebildet: Kauf, Pacht (oder Miethe), Emphyteutcontract, Gesellschaftsvertrag und Beauftragungscontract. — Ist der Consensualcontract ein zweiseitiger: so ist vor seiner förmlichen Entstehung (wie bei den Realcontracten) ein vorausgehender Vertrag, pactum antecedens, denkbar, das sich von dem Contracte selbst bloß dadurch unterscheidet, daß es nur den einen Theil verpflichtet, welcher sich dabei vorläufig von dem Entschlusse des andern abhängig macht. Der Vertrag, z. B. einen Verkauf abzuschließen,

1) l. 5. §. 1. D. eodem. 2) l. 12. §. 2. D. eodem.

fesselt also bloß den Verkäufer; der Vertrag, einen Kauf einzugehen, bloß den Käufer u. s. w. Bei gehöriger Annahme des Versprechens von der andern Seite ist ein solcher Vertrag für den Versprechenden bei uns eben so verbindlich, wie der Contract selbst.

Erstes Capitel.

Von der emtio venditio.

I. Begriff des Contracts.

§. 461.

Der Contract der emtio venditio, wie das Römische Recht unter Bezeichnung der beiderseitigen Handlungen ihn nennt, kann dahin definirt werden, er sey der Vertrag, nach welchem der Eine (venditor) eine [1]) bestimmte Sache (wenn sie beweglich ist, merx, Waare) veräußerungsweise dem Andern zu überlassen, dieser Andre (emtor) dafür einen bestimmten Ersatzwerth in Gelde (pretium) zu zahlen verspricht. Allein die Definition ist nicht genau genug; man bleibe lieber bei der alten Beschreibung: conventio de re pro certo pretio tradenda. — Die zu tradirende Sache kann gegenwärtig oder zukünftig, körperlich oder un-

1) Die Prästation beider Contrahenten muß eine hinlänglich unterscheidende Bestimmtheit haben, also der Quantität und Qualität nach angegeben seyn (§. 1. I. de emt. et vend. (3. 24.)), entweder an sich oder durch die Beziehung auf einen andern Gegenstand (l. 7. §. 1. 2. D. de contr. emt. (18. 1.)); oder auch, falls die Bestimmung des Was und Wieviel einem Dritten contractsmäßig anheimgestellt werden sollte, der Entscheidung eines bestimmten Dritten verstellt seyn (l. 15. C. eod., 4. 38.), während die Entscheidung von Seiten eines unbestimmten Dritten oder die bloße Willkür der Parteien selbst den Begriff des Kaufs ausschließt, wenngleich der Contract als ungenannter bestehen kann. l. 25. pr. D. locat. (19. 2.) l. 35. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) §. 1. I. de locat. et cond. (3. 25.)

körperlich [1]) seyn; indessen geht der Verkauf einer unkörperlichen Sache leicht in ein anderes Geschäft über, besonders wenn das verkaufte Recht in einem persönlichen Benutzungsrechte bestehet. So könnte man den Miethvertrag als einen Kaufvertrag über die Benutzung des vermietheten Gegenstandes betrachten, den Emphyteutcontract als Kauf einer Emphyteusis. — Die zu tradirende Sache braucht übrigens (im strengen Sinne des Wortes) nur tradirt, nicht zum Eigenthume gegeben zu werden (tradenda est, non danda); der Verkäufer braucht den Käufer keineswegs unmittelbar [2]) zum Eigenthümer zu machen. Aber der Contract darf auch nicht ausdrücklich [3]) darauf gerichtet seyn, daß der Käufer das Eigenthum nicht erhalten solle. — Das pretium, welches für die Sache von Seiten des Käufers gegeben wird, muß Geld [4]) seyn, sonst wäre das Geschäft Tausch, nicht Kauf. Daß es eine bestimmt festgesetzte Summe zu seyn brauche (pecunia numerata), ist [5]) unrichtig — aber es muß ein wirkliches

1) l. 8. pr. l. 39. §. 1. 80. D. de contr. emt. (18. 1.) — Tit. Dig. de hered. vel act. vend. (18. 4.) Auch dingliche Nutzungsrechte können verkauft werden. l. 11. §. 3. l. 12. de pignor. (20. 1.)

2) l. 16. D. de cond. caus. dat. caus. n. sec. (12. 4.) l. 11. §. 2. D. de A. E. V. (19. 1.) Cujac. obs. lib. 23. c. 29. Bynkershoek obs. lib. 6. c. 24.

3) l. 80. §. 3. D. de contr. emt. (18. 1.)

4) l. 1. §. 1. D. eodem. l. 1. pr. D. de rer. permut. (19. 4.) l. 7. C. eodem (4. 64.) Nur neben dem Gelde und mit Einrechnung darein kann sich der Verkäufer auch Etwas, das nicht Geld ist, als Theil des Kaufpreises ausbedingen. l. 6. §. 1. l. 21. §. 4. D. de A. E. V. (19. 1.) Glück Pand. Bd. 16. §. 977.

5) Denn im §. 2. I. de emt. et vendit. (3. 24.) kann der Ausdruck pecunia numerata auch gebraucht seyn für bloßes Geld, indem der Zusatz numerata bloß den Unterschied von Vermögen überhaupt, welches auch pecunia heißt, hat angeben sollen. Dafür spricht der Nachsatz der Stelle und Theophrasts Paraphrase, welche schlechthin Geld (ἐν ἀργυρίοις) übersetzt. l. 7. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 1. pr. §. 1. D. eod. Wegen creditirten Geldes s. §. 41. I. de rer. div. (2. 1.)

pretium seyn, d. i. ein in der That zum Aequivalent oder Ersatzwerth bestimmtes Geld; sonst wäre das Geschäft eine Schenkung [1]). Doch ist damit nur Vermeidung eines Scheingeschäftes vorgeschrieben; denn, wenn, um zu schenken, ein sehr niedriger Preis bedungen wird: so hebt dieß den Begriff des Kaufcontracts [2]) noch nicht auf. Ueberhaupt hängt die Größe des Preises von dem Belieben der Parteien ab und der entsprechende Werth, welchen die Sache eigentlich haben möchte, kommt gar nicht in [3]) Betracht. In unserm gemeinen Rechte kommt dabei nur eine Einschränkung vor: wenn nämlich Wein oder Getreide noch vor der Aernte auf dem Felde verkauft werden, so darf kein anderer Preis dabei Statt finden, als der Marktpreis zur Zeit des Contractes, oder der Preis, welcher binnen den nächsten 14 Tagen nach der Aernte Statt finden wird. Sollte ein anderer Preis ausbedungen seyn: so setzt das Gesetz [4]) darauf nicht nur Nichtigkeit, sondern auch Strafe, weil es den Bauer vor Prellerei schützen will. — Die Eingehung des Kaufcontracts geschieht durch das bloße Uebereinstimmen der Parteien zu einem Vertrage [5]). Er ist perfect, sobald Verkäufer und Käufer über das Object und den Preis einig geworden sind. — Daß Soldaten Grundstücke in der Provinz, in welcher sie dienen, nicht ankaufen sollen [6]), ist nicht mehr anwendbar; und das Verbot des Handels für Soldaten [7]), Geistliche, und des Detail-

1) l. 36. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 3. l. 9. fin. C. eod. (4. 38.)

2) l. 38. D. eod. (18. 1.)

3) l. 16. §. 4. D. de minor. vig. quinq. ann. (4. 4.) l. 22. §. 3. D. locati (19. 2.)

4) Pol. Ord. von 1577. lit. 19. §. 3.

5) pr. I. de emt. et vend. (3. 24.) l. 1. §. 2. l. 2. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

6) l. 9. D. de re milit. (49. 16.)

7) l. un. C. negot. ne mil. (12. 35.) c. 15 16. X. de vita cleric. (3. 31.) l. 3. C. de commerc. (4. 63.) Bei uns im Gan-

handels für Honoratioren und Capitalisten kann, ob es Nichtigkeit der Contracte nach sich ziehe oder nicht, bloß nach dem Landesrechte beurtheilt werden. Wenn der Arzt sich für die Rettung des Kranken Etwas versprechen läßt und dieß in einen Kaufcontract kleidet, so ist der Vertrag nichtig [1]). — Eine Rechtsförmlichkeit, also nicht lediglich imaginäres Geschäft, war die emtio venditio nummo uno des ältern Rechts [2]).

II. Verbindlichkeiten aus dem Contracte.

A. Verbindlichkeiten des Verkäufers.

§. 462.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers besteht in der Ueberlieferung des freien Besitzes der Sache oder des Rechtes, welche verkauft sind, an den Käufer. Es ist bereits angedeutet, daß der Verkäufer nicht das volle Eigenthum zu übergeben braucht; er hat nur die Sache zu tradiren [3]) und demnächst für die Eviction zu haften. Wenn es sich also finden sollte, daß die von ihm tradirte Sache eine fremde gewesen: so kann der Käufer nicht sogleich, sondern erst nach geschehener Eviction klagen; wovon jedoch der Fall ausgenommen ist, in welchem der Verkäufer die Sache als nicht sein eigen kannte und sie dennoch ohne eine Warnung an den Käufer und wissentlich verkaufte [4]). — Der

zen nicht mehr anzuwenden. Müller ad Leyser. obs. 387. 388.

1) l. 3. D. de extraord. cogn. (50. 13.) l. 9. C. de profess. et medic. (10. 52.)

2) Schweppe, RechtsGesch. §. 309.

3) l. 25. pr. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 2. §. 1. l. 11. §. 2. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 1. pr. D. de rer. permut. (19. 4.) Marani Parat. ad P. lib. 19. tit. 1. — Persönliche Rechte werden dabei cedirt l. 11. §. 2. D. de A. E. V. cit.

4) l. 30. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.)

Verkäufer ist auch nicht eher zur Tradition der Sache verbunden, als ihm vom Käufer der ganze Kaufpreis bezahlt worden ist; bis wohin jener die Sache retiniren darf, und es sogar für einen Diebstahl gilt, wenn der Käufer die von ihm gekaufte aber nicht bezahlte Sache [1]) entwendet. — Uebrigens muß der Verkäufer mit der Hauptsache deren Accessionen und Früchte liefern [2]). Es treten hiebei die allgemeinen Grundsätze vom Commodum ein. Insbesondere muß der Verkäufer auch die mit dem Besitze oder dem Eigenthume der verkauften Sache verbundene Klage dem Käufer abtreten [3]). — Es gehört zur bona fides, welche der Verkäufer zu leisten schuldig ist, daß er dem Käufer alle physischen Eigenschaften und Rechtsverhältnisse der verkauften Sache, welche von einiger Erheblichkeit scheinen, und sich nicht von selbst zeigen, bemerklich mache und erläutere [4]); wohin dann auch die Auslieferung der Urkunden [5]) zu rechnen ist, und zwar derer, welche für den Verkäufer keinen Werth mehr haben, im Originale, und derer, welche er selbst noch behalten muß, in Abschrift. — Wenn die Sache vor Abschließung des Vertrags nicht als fehlerhaft von Seiten des Verkäufers angegeben worden ist: so muß er sie fehlerfrei abliefern; widrigenfalls er sich nicht allein den Rechtsmitteln aus dem ädilischen Edicte, sondern eben sowohl der Contractsklage [6]) von Seiten des Käufers aussetzt. Hat er die fehlerhafte Sache ohne Kenntniß ihrer Fehler verkauft: so haftet er nur für den geringern Werth;

1) l. 13. §. 8. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 14. §. 1. D. de furtis (47. 2.)

2) l. 13. §. 31. D. de A. E. V. (19. 1.)

3) l. 7. pr. D. de peric. et comm. rei vend. (18. 6.) l. 13. §. 10—13. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 13. 16. Cod. (4. 49.)

4) l. 35. §. ult. l. 63. §. 1. de contr. emt. (18. 1.)

5) l. 48. l. 52. pr. D. de A. E. V. (19. 1.)

6) l. 14. C. de A. E. V. (4. 49.) l. 6. §. 4. l. 11.

hat er die Fehler gekannt, so muß er dem Käufer das ganze Interesse [1]) ersetzen. Für versprochene und bei der Ablieferung mangelnde gute Eigenschaften und Vorzüge haftet er eben so wie für eigentliche Fehler. — In Beziehung auf die anzuwendende Achtsamkeit [2]) haftet er für omnem culpam und ist diligentiam schuldig, muß auch, so lange er die Sache detinirt, für deren Bewachung in dem Maße haften, daß er, falls er fahrlässig gewesen ist [3]), für den Diebstahl einsteht. Hat er sich noch besonders zur Bewachung verpflichtet, so haftet er sogar für den reinen Zufall. — Die auf alle diese Verbindlichkeiten dem Verkäufer zustehende Klage heißt actio emti, und es ist besonders zu bemerken, daß, wenn der Verkäufer sich im Verzuge der Ablieferung befindet, es auf die Wahl des Käufers ankommt, ob er mit dieser Klage auf Tradition der Sache oder auf Leistung des Interesse dringen will.

B. Verbindlichkeit des Käufers.

§. 463.

Der Käufer muß die Sache annehmen, (widrigenfalls er seinerseits im Verzuge sich befindet,) und den versprochenen Kaufpreis bezahlen. So lange diese Zahlung nicht geschehen, oder dafür nicht creditirt ist, gehet das Eigenthum auf den Käufer nicht über [4]). Diese Bezahlung ist

1) l. 13. pr. §. 1. D. eod. (19. 1.) l. 45. D. de contr. empt. (18. 1.)

2) l. 2. §. 1. l. 3. l. 11. l. 14. §. 1. D. de per. et comm. rei vend. (18. 6.) l. 31. pr. l. 36. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 18. §. 8. 9. l. 38. pr. D. de damno inf. (39. 2.) l. 68. pr. D. de contr. emt. (18. 1.)

3) §. 3. I. de emt. et vend. (3. 24.) verb. „quod si fugerit.“ — l. 35. §. 4. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 14. pr. D. de furtis (47. 2.)

4) §. 41. I. de rer. div. (2. 1.) Dieß ist von großer praktischer Wichtigkeit, und es bedarf mithin bei Verkäufen des Vorbehalts des Eigenthums für den

auch dann seine Pflicht, wenngleich nach vollkommenem Contracte die Sache zu Grunde gegangen seyn sollte. Daneben muß er das Geld, welches er zahlt, zum Eigenthume [1]) des Verkäufers machen (dare); und vom Tage der geschehenen Tradition der Sache muß er selbst ohne Rücksicht auf seinen Verzug, Zinsen [2]) an den Verkäufer entrichten; jedoch kann er diese Zinsverpflichtung durch gerichtliche Deposition abwenden [3]). — Sollte der Verkäufer nothwendige oder nützliche Verwendungen noch nach Abschluß des Contractes auf die Sache gemacht haben: so hat der Käufer diese zu erstatten [4]); denn der Verkäufer ist dabei als negotiorum gestor des Käufers zu betrachten. Den allgemeinen Grundsätzen gemäß haftet der Käufer für jede Fahrlässigkeit [5]). — Die Klage, mit welcher der Käufer alle diese Verbindlichkeiten verfolgen kann, heißt actio venditi [6]).

Verkäufer bis zur Bezahlung des Kaufgeldes nicht, sofern nur nicht creditirt worden ist, d. i. sofern der Käufer nicht nachweisen kann, daß ihm Credit gegeben worden sey, was aus dem stillschweigenden Tradiren des Kaufgegenstandes allein noch nicht folgt.

1) l. 11. §. 2. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 1. pr. D. de rerum perm. (19. 4.)

2) l. 13. §. 20. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 18. §. 1. D. de usuris (22. 1.) l. 2. C. de usuris (4. 32.) l. 5. C. de A. E. V. (4. 49.) Broekel Diss. de usuris pretii. Goetting. 1770. Weber Versuche über das Civilrecht. Abh. 3. §. 7.

3) l. 7. l. 18. §. 1. D. de usur. (22. 1.) l. 6. l. 9. C. eod. (4. 32.) v. Glück Pand. B. 16. §. 986. S. 140.

4) l. 13. §. 22. l. 38. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 16. C. eod. (4. 49.)

5) l. 5. §. 2. D. commod. (13. 6.) l. 31. §. 11. 12. D. de aedil. edict. (21. 1.)

6) §. 1. I. de contr. emt. (3. 24.) Cujac. Parat. ad Cod. 4, 49.

III. Reichsgesetzliche Vorschriften über den Rentenkauf.

§. 463. a.

Im Mittelalter suchte man gegen die bestehenden Zinsverbote ein Mittel zu einer zinsenähnlichen Benutzung des Geldes. Der Rentenkauf [1]), welchen die frühere Zeit allerdings schon kannte, wurde daher häufig geübt, und häufig sogar mit einem Vertrage über künftigen Rückkauf versehen, durch welchen dann allerdings ein verstecktes verzinsliches Darlehn der Zweck des Geschäftes wurde. Da Klöster und Stiftungen dieß Institut zu ihrem Vortheil benutzten, so beschützten es die Päbste; jedoch gelten die päbstlichen Vorschriften darüber bei uns nicht, weil [2]) sie nicht im Corpus juris canonici clausum stehen. Nachher haben ihn auch die Reichsgesetze, wiewohl mit manchen Beschränkungen, anerkannt [3]); und er ist daher keineswegs andern Principen als denen des Römischen Rechts unterworfen, gehört vielmehr zum gemeinen Civilrechte und es darf ihm sein Platz weder beim Darlehn, noch bei den Zinsen, sondern einzig und allein hier angewiesen werden, da er sowohl nach allgemeinen Begriffen, als nach der gesetzlichen Ansicht ein wahrer Kauf ist [4]). — **Rente, Gülte, annui reditus, Census**, ist das Recht, von besondern Personen oder Gütern eine gewisse Quanti-

1) Runde Deutsches Priv. R. §. 203. b. Eichhorn Deutsche Staats- und RechtsGesch. III. §. 450. Eichhorn Deutsches Priv.R. §. 105—107. §. 165. §. 186. 189.

2) J. H. Boehmer J. E. Protest. lib. 5. tit. 19. §. 47—69.

3) R. P. O. v. 1530. tit. 26. §. 3.; von 1548. tit. 17. §. 8. 9.; von 1577. tit. 17. §. 9—11. und tit. 19. §. 2. 3.; Deput. Absch. v. 1600. §. 35.

4) Heise Grundriß des gem. CivilR. 3te Ausg. B. 3. §. 151. Note 6.

tät von fungibeln Sachen zu fordern. Sie kann entstehen durch Vermächtniß, Schenkung oder Kaufcontract; im letztern Falle heißt das Geschäft Gülten- oder Rentenkauf und ist also ein Vertrag, durch welchen die Entrichtung einer jährlichen Rente gegen einen bestimmten Kaufpreis zugesichert wird. Dieser Preis muß in Gelde bestehen. Besteht nun auch die Gülte in Gelde, so zeigt sich allerdings eine sehr große Aehnlichkeit eines verzinslichen Darlehns, besonders, wenn die Bedingung des Wiederverkaufs hinzugefügt wird. Allein die Reichsgesetze [1]) unterscheiden es ausdrücklich von einem zinsbaren Darlehn. Es geht also hierbei nach dem Willen der Parteien [2]); haben sie das Geschäft als Gültenkauf gemacht: so ist es ein Kauf; haben sie aber ein verzinsliches Darlehn bezweckt, so kann das Geschäft nur nach den Grundsätzen des Darlehns beurtheilt werden. Es versteht sich aber von selbst, daß der Rentenkäufer nur eine Forderung erhält, kein Realrecht. Denn, wenn auch die Leistung der Rente an den Besitz eines Grundstückes geknüpft seyn sollte, so geht die Verbindlichkeit doch nur auf eine positive Thätigkeit des Verkäufers (des Schuldners). Die Annahme des Gegentheils würde zu einer Servitut mit Handlung führen, welche bei einem gemeinrechtlichen Institute keineswegs anzunehmen ist. — Außerdem daß der Käufer den Kaufpreis und der Verkäufer die Rente zu entrichten hat, ist zu bemerken, daß reditus personales oder census personales, wiewohl nach canonischem Rechte unzulässig, nach den Reichsgesetzen aber nicht verboten, darin bestehen, wenn der Verkäufer für sich und seine Erben die Obliga-

1) R. A. v. 1654. §. 174. pr. Vgl. l. 81. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

2) Fr. Becmannorum Cons. et Dec. T. I. Nr. 7. T. II. Nr. 88.

tion der Renteleistung übernommen hat. Reditus reales heißen diejenigen, die der jedesmalige Besitzer eines Grundstücks entrichten muß, und können nicht mit Erfolg contrahirt werden, wenn nicht neben dem Rentenkaufe zugleich eine Hypothek auf das betheiligte Grundstück gelegt wird, weil Personalverpflichtungen eines Besitzers ohne Errichtung eines Rechts an der besessenen Sache auf den folgenden Besitzer dieser Sache nicht übergehen [1]). — Die Zinsbeschränkung ist auch beim Rentenkaufe wie beim Darlehn. Mithin kann die Rente 5 pro Cent jährlichen Ertrag des Kaufpreises nicht übersteigen [2]). Es ist gleichgültig für die Zinsberechnung, ob die Rente in Geld oder andern Fungibilien besteht [3]). Bei der Berechnung mit dieser Zinse ist sogar auf das Steigen und Fallen der Fungibilien Rücksicht zu nehmen. Wird dagegen gehandelt, so ist die Wirkung wie bei den zu hohen Zinsen, die man sich hat versprechen lassen; nur bei Gülten in Wein und Getreide kommt noch die besondere Bestimmung hinzu, daß der Käufer sein ganzes Kaufgeld verlieren soll, wenn er sich wucherischen Ertrag hat versprechen lassen [4]). — Uebrigens sind die Gülten in allen andern Beziehungen nicht als Zinsen zu betrachten; mithin dürfen rückständig gebliebene Renten auch über [5]) den Capitalbetrag steigen. Ja, es

1) l. 81. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

2) R. P. Ord. l. c. R. Absch. v. 1654. §. 174. R. P. O. v. 1577. tit. 17. §. 9.

3) R. P. Ord. v. 1577. tit. 19. §. 2. 3. Es braucht kaum erwähnt zu werden, daß diese Verordnungen auf die im heutigen Germanischen Rechte sehr häufigen lebenslänglichen Renten, bei denen die Capitalschuld mit dem Leben des Rentenkäufers gänzlich erlischt, in Beziehung auf die Zinsberechnung keine Anwendung finden können. Ueber Leibrenten s. Runde Deutsches Pr. R. §. 217 a. Eichhorn Deutsches Priv. R. §. 115—117.

4) R. Pol. Ord. v. 1577. tit. 19. §. 3.

5) Nov. 160. c. 1. Diese ist zwar nicht glossirt, dient aber doch zum Beweise der obigen Ansicht. Pufendorf T. I. obs. 14. §. 2.

können sogar Zinsen von den Rückständen [1]) gefordert werden. — Eigenthümlich ist noch, daß sowohl bei Geld- als Fruchtrenten [2]) der Verkäufer schon gesetzlich das Recht des Wiederkaufs hat, sollte er selbst im Contracte darauf Verzicht geleistet haben; und daß der Käufer sein Capital nicht kündigen oder zurückfordern [3]) und dieß auch im Vertrage nicht anders gültig bedingen kann, als auf den Fall, daß der Verkäufer in Verzug der Leistung gerathen sollte.

Zweites Capitel.

Von der locatio conductio.

I. Von der locatio conductio rei [4]).

A. Begriff des Contracts.

§. 464.

Die Beschreibung der ältern Juristen, die Miethe oder Pacht sey conventio de usu rei pro certa mercede praestando [5]) ist ziemlich genügend und enthält dasselbe, was die ausführlichere Definition folgendermaßen erklärt. Miethe oder Pacht [6]) von Sachen ist der Vertrag, nach welchem der eine contrahirende Theil (locator, Verpachter, Vermiether) dem andern die Benutzung einer Sache zu überlassen verspricht, der andere dagegen (con-

1) Fr. Becmann. Cons. l. c.

2) R. P. O. v. 1577. Tit. 19. §. 3.

3) R. P. O. v. 1548. Tit. 17. §. 8. u. R. P. O. v. 1577. Tit. 17. §. 9. Tit. 19. §. 3. Dep. Absch. v. 1600. §. 30.

4) Bei Ländereien auch colonia genannt.

5) pr. I. de loc. et cond. (3. 25.) l. 2. D. locati (19. 2.) Donelli comm. 13, c. 6.—9.

6) Rudhart system. Eintheilung der Verträge. Nürnberg 1811. §. 48.

ductor, colonus, inquilinus, publicanus [1]), Pachter, Miether) eine Geldzahlung [2]) (merces, pensio, *locarium*, Miethgeld, Pachtgeld) zu leisten gelobt [3]). Die Verbindung der Sachenmiethe mit der Dienstmiethe, wie sie in unsern Rechtsquellen zu finden ist, liegt zwar in den Grundbegriffen beider Miethearten, trägt aber nicht zur Verdeutlichung eines jeden dieser Institute bei. Freilich fallen diese Arten oft in einander [4]). — Vom Kaufcontracte [5]) muß der Miethcontract besonders deßwegen wohl unterschieden werden, weil die Gefahr nicht wie beim Kaufe übergehet [6]). Die Pacht und Miethe von Sachen, so wie die Miethe von einzelnen Dienstleistungen scheint freilich der Kauf eines Rechtes zu seyn und man kann zuweilen zweifeln, ob Früchte verkauft oder Grundstücke vermiethet sind. Die Pacht einer ganzen Arbeit (locatio operis) ist dem Verkaufe einer körperlichen Sache dann am ähnlichsten, wenn der Arbeiter Zuthaten zum Stoffe gegeben hat. Hat er den ganzen Stoff hergegeben, aus welchem die Sache verfertigt ist: so ist das Geschäft mit ihm allerdings Kauf; in jedem andern Falle ist es Miethe, und namentlich geschieht die Errichtung eines Gebäudes auf dem Grund und Boden des Bestellers nach einem

1) Qui publico fruitur, nicht bloß Zollpachter. Vgl. übrigens Marani parat. ad P. lib. 39. tit. 4.

2) §. 2. I. l. c. l. 1. §. 9. D. deposit. (16. 3.) l. 1. §. 4. D. mandati (17. 1.) l. 5. §. 2. D. de praescr. verb. (19. 5.) l. 2. pr. D. locati (19. 2.) Pensio heißt es nur, wenn es terminweise bezahlt wird.

3) Das canon. R. nennt den Contract datio vel receptio ad firmam. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1044. bsds. S. 266—269.

4) l. 1. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.)

5) Soll für die Benutzung des Gegenstandes ein Locarium, auf den Fall seines Untergangs aber ein Kaufpreis für ihn bezahlt werden: so entscheidet der Ausgang, ob Miethe oder Pacht contrahirt war. Gajus inst. III. §. 146.

6) pr. I. de loc. et cond. (3. 25.) l. 2. pr. D. locati (19. 2.)

Miethcontracte [1]). — In der Regel darf Jeder, der ein Geschäft gültig eingehen kann, auch Miethe und Pacht eingehen; aber Soldaten [2]) sollen keine fremden Gebäude oder Grundstücke miethen, und wer wissentlich an sie verpachtet, hat keine Klage wegen des Miethgeldes. Vormünder dürfen fiscalische oder landesherrliche Güter nicht pachten, so lange ihr Curande lebt und sie noch nicht Rechnung abgelegt haben; im entgegengesetzten Falle sollen sie mit der Strafe der Fälschung belegt werden, weil der Fiscus mit dem Pflegbefohlnen im Concurse des Vormundes zu collidiren fürchten müsse [3]). Geistliche dürfen nur Ländereien ihrer Kirche pachten, sonst sollen sie bestraft und der Verpachter der Klage wegen des Miethgeldes verlustig werden [4]). — Daß das Object bei der locatio rerum keine fungibele [5]) Sache seyn darf, folgt aus der Bestimmung, daß die Pacht oder Miethe nur eine Benutzung ohne Verbrauch [6]) des benutzten Gegenstandes zulassen. — Die Leistung des Pachters oder Miethers muß in der Regel

1) §. 4. I. de loc. et cond. (3. 25.) l. 2. §. 1. D. locati (19. 2.) l. 65. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 20. D. eodem. l. 22. §. 2. D. locati (19. 2.)

2) l. 31. l. 35. C. de locato (4. 65.) l. 50. D. eod. (19. 2.)

3) l. 49. D. locati (19. 2.) l. 1. §. 9—12. D. de l. Corn. de falsis (48. 10.) L. un. C. ne tutor vel curator vectigalia (5. 41.) Vgl. v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1046. S. 304—306.

4) Boehmer J. E. P. lib. 3. tit. 18. §. 7—9. Nov. 123. c. 6.; c. 2. X. de loc. et cond. (3. 18.) c. 1. X. de decimis, primitiis et oblat. (3. 30.) Den heutigen Gebrauch der Ausnahmen beim Subject der Miethe u. Pacht lehren Landesgesetze. Vgl. v. Höpfner Comm. §. 885.

5) Ein Ueberlassungsvertrag über die an der Sache existirende Frucht ist Kauf. Struben R. B. 5, 98. Höpfner Comment. §. 883. Not. 1.

6) l. 12. §. 2. l. 38. D. de usufructu (7. 1.) l. 39. D. locati (19. 2.) l. 10. C. eod. (4. 65.) Verbrauchbare Sachen können zu eigentlicher Miethe nur dann gegeben werden, wenn sie bloß vorgezeigt werden sollen, also kein wirklicher Gebrauch davon gemacht wird; arg. l. 3. §. 6. D. commod. (13. 6.)

baares Geld seyn [1]), jedoch kann sie bei Verpachtung einer fruchttragenden Sache auch in Früchten bestehen [2]), wenn davon eine bestimmte Quantität ein für alle Mal ausgemacht ist [3]). Wenn aber von solchen Früchten eine Quote des Ertrags versprochen worden ist, so hört das Geschäft auf, Miethe zu seyn und ist eigentlich Gesellschaftsvertrag, unter dem Namen colonia partiaria [4]). — Der Begriff der Miethe erfordert, daß das Miethgeld gleich Anfangs mit Bestimmung der Summe oder unter Beziehung auf die Entscheidung einer dritten Person bedungen werde [5]); wird die merces erst nachher festgestellt, so ist das Geschäft kein Miethsvertrag, sondern contractus innominatus [6]). — Auch bei diesem Contracte muß das Entgeld ein wirkliches, nicht bloß zum Schein contrahirtes seyn, d. h. es muß wirklich eine Vergütung darin liegen sollen [7]). — Der Vertrag wird vollkommen durch die beiderseitige Einwilligung über den Gegenstand und das Entgeld [8]); also ohne irgend eine Förmlichkeit und auch stillschweigend durch schlußberechtigende Thatsachen.

1) §. 2. I. de loc. et cond. (3. 25.) l. 1. §. 9. D. depositi (16. 3.)

2) Auch kann Geldpacht bei einer fruchttragenden Sache hinterher, ohne daß der Contract dadurch geändert wird, in Fruchtentrichtung verwandelt werden. l. 19. §. 3. l. 35. fin. locati (19. 2.)

3) l. 21. C. de locato (4. 65.)

4) Lauterbach Diss. de colono partiario (Dissertat. academ. T. I. Nr. 21.) l. 25. §. 6. D. locati (19. 2.) l. 8. C. de pactis (2. 3.)

5) l. 25. pr. D. locati (19. 2.) l. 15. in fine C. de contr. emt. (4. 38.)

6) §. 1. I. de loc. et cond. (3. 25.) l. 22. D. de praesc. verb. (19. 5.)

7) l. 46. D. locati (19. 2.) l. 10. §. 2. D. de acq. vel amit. poss. (41. 2.) Wird Anfangs das pretium aufrichtig bedungen, nachher aber erlassen: so bleibt das Geschäft dennoch Miethe. v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1049. S. 338 — 341. l. 5. l. 24. §. 5. D. locati (19. 2.)

8) l. 1. l. 2. pr. l. 14. D. locati (19. 2.) l. 24. C. eod. (4. 65.)

B. Folgen des Contracts.

1. Rechtsverhältniß des Locators.

§. 465.

Der Vermiether muß die Sache mit ihren Accessionen und Zubehören, oder, wo dergleichen vorhanden ist, mit ihrem sogenannten Inventarium, an den Miethsmann überliefern und auf die Dauer der Miethzeit zur Benutzung überlassen [1]); jedoch muß sich der Miethsmann gefallen lassen, daß ihm der Vermiether, falls dieser ohne seine Schuld nicht gerade die vermiethete Sache leisten kann, eine ganz ähnliche [2]) leistet. Die überlassene Sache muß nicht nur bei der Ueberlieferung fehlerfrei [3]), sondern auch die ganze Zeit hindurch zum Gebrauche geschickt seyn, und der Vermiether darf daher an ihr keine dem Miether nachtheilige Veränderung [4]) vornehmen, muß aber die nöthigen Reparaturen besorgen [5]), oder sich, wenn er dieß versäumt, gefallen lassen, daß der Miethsmann sich in einem solchen Falle helfe, d. i. entweder auf das Interesse klage, oder aber die Reparatur selbst vornehme und die Unkosten vom Miethgelde abziehe. Sollten dritte Personen den Miethsmann im Gebrauche des Vermietheten beeinträchtigen [6]) oder desselben gänzlich berauben und der Vermiether dabei

1) l. 15. §. 1. 19. §. 2. D. locati (19. 2.)

2) l. 9. pr. l. 60. in fine pr. D. eodem.

3) Fehler werden ganz nach der Analogie der Gebrauchsverringerung, die durch dritte Personen geschiehet, beurtheilt. l. 6. §. 4. l. 19. §. 1. D. locati (19. 2.) Besondere Ausnahme in Ansehung der Weinfässer, bei deren Schadhaftigkeit der Vermiether für das ganze Interesse haftet, wenngleich er dieselbe ganz und gar nicht kannte. l. 19. §. 1. eod. l. 13. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) Donellus Comment. l. 13. c. 7. §. 12. und l. 26. c. 19.

4) l. 19. §. 5. l. 30. pr. D. locati (19. 2.)

5) l. 15. §. 1. l. 25. §. 2. l. 58. §. 2. D. locati (19. 2.)

6) l. 9. §. 1. 4. l. 25. §. 2. l. 33. l. 35. pr. D. locati (19. 2.)

in Schuld sich befinden; so haftet dieser jenem für das ganze Interesse des verringerten Gebrauchs; ist der Vermiether aber nicht fahrlässig dabei gewesen, so muß er sich doch den Abzug des Miethers vom Miethgelde gefallen lassen, welcher nach Billigkeit für die Verminderung des Gebrauchs gerechnet werden kann [1]). — Der Vermiether ist in der [2]) Regel verpflichtet, sich die Aftervermiethung (Sublocatio), d. h. das Weitervermiethen der gemietheten Sache von Seiten des Miethers an dritte Personen, gefallen zu lassen, und zwar sowohl im Ganzen als theilweise; wobei übrigens das Verhältniß zwischen dem ersten Vermiether und dem Aftervermiether ganz dasselbe bleibt, mithin der Aftermiethsmann mit dem ersten Vermiether in gar keinem contractlichen Verhältnisse stehet [3]). Legt bei der Aftervermiethung der Vermiether dem Miether ein Hinderniß in den Weg, so muß er ihm den Schaden erstatten [4]). — Der Vermiether muß auch alle Lasten tragen [5]), die auf der Sache haften; und sollte sich der Staat bei Entnehmung der Steuern u. dgl. an den Miethsmann halten: so kann dieser seine Auslagen und Unkosten von dem Miethgelde abziehen. Es ist dieß keine Abweichung von

1) l. 15. §. 9. l. 16. 17. 18. D. locati (19. 2.)

2) D. i. wenn demselben dadurch nicht geschadet wird. Thibaut System §. 862.

3) l. 7. 8. 11. pr. l. 24. §. 1. l. 53. D. locati (19. 2.) l. 73. §. ult. de R. J. (50. 17.) Der Aftervermiether muß dem ersten Vermiether für jede Unvorsichtigkeit in der Wahl eines Aftermiethsmanns haften.

4) l. 6. C. de locato (4. 65.) l. 7. l. 8. l. 30. pr. l. 60. pr. D. eod. (19. 2.)

5) l. un. §. 3. D. de via publica et si quid (43. 10.) Ueber die Einquartierungslasten nach gemeinem Rechte s. Hagemann prakt. Erört. Bd. 6. Nr. 17. v. Berg jur. Beob. u. Rechtsf. Bd. 3. Nr. 1. Bd. 4. Nr. 1. 2. v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1053. S. 395 — 411. Schweppe civ. Magaz. 1. Hft. Nr. 5. — Der Miethsmann trägt nur die Lasten, welche auf seiner und seiner Familie Person, seinem Vermögen und Gewerbe und auf der fraglichen Benutzung selbst haften.

dem allgemeinen Grundsatze, daß der Gebrauchende die Lasten trage, denn auch hier ist der Vermiether eigentlich der Benutzende, weil er das Miethgeld bezieht [1]. — Daß dem Miethsmanne die nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf die Sache erstattet werden müssen, versteht sich von selbst. Die bloß zierenden oder zur Bequemlichkeit dienenden Verwendungen braucht der Vermiether dem Miethsmanne nicht zu erstatten, muß ihm jedoch die Wegnahme derselben (wobei indessen die Sache in den gehörigen vorigen Stand zu setzen ist) freistellen [2]. Die Frage, ob nothwendige und nützliche Verwendungen nach ihrem ursprünglichen Belaufe, oder ob sie nach ihrem zur Zeit der Rückgabe der Sache noch vorhandenen wirklichen Werthe dem Vermiether in Abrechnung zu stellen seyen, muß dahin beantwortet werden, daß nothwendige Verwendungen, weil bei ihnen der Miether nur als Geschäftsträger des Vermiethers gehandelt hat, nach dem wahren Belaufe berichtiget werden müssen; bloß nützliche Verwendungen aber, weil die dadurch erhöhete Nutzbarkeit der Sache dem Miethsmanne während des Contractes ebenfalls größern Vortheil gebracht hat, nur soweit zu ersetzen sind, als sie beim Ablaufe der Contractszeit den Werth der Sache noch wirklich erhöhen [3], also den Vermiether noch bereichern. — In allen contractlichen Verhältnissen zwischen dem locator und conductor ist jener diesem die größte Aufmerksamkeit (diligentia) im Allgemeinen zu leisten schuldig und haftet für jede Fahrlässigkeit [4].

1) l. 60. §. 8. D. locati (19. 2.)

2) l. 19. §. 4. l 55. §. 1. l. 61. pr. D. locati (19. 2.)

3) l. 55. §. 1. D. locati (19. 2.) Huber praelect. ad D. l. 19. tit. 2. §. 7—18.

4) l. 6. §. 7. D. locati (19. 2.) l. 1. 28. C. eod. (4. 65.) l. 5. §. 2. D. commod. (13. 6.) Wer aber ein Behältniß zum Aufbewahren von Gegenständen

2. Rechtsverhältniß des Conductor.

§. 466.

Der Miether muß das Miethgeld richtig bezahlen, die Bewahrung der Sache leisten, sich in den Gränzen des bedungenen Gebrauchs halten, und nach Beendigung der Miethzeit das Gemiethete wieder herausgeben. Wogegen er das Recht hat, die Sache zu benutzen, indem er die Früchte ziehet und den geeigneten Gebrauch von ihr macht. Von den Früchten wird der Miether, dem Usufructuar gleich, erst durch Perception [1]) Eigenthümer. — A) In der Regel [2]) braucht der Miether das Miethgeld erst nach Ablauf der ganzen Benutzungszeit zu bezahlen, jedoch wird die Bezahlung in Terminen sehr häufig bedungen. Ist dieß nicht geschehen, und Ortsgewohnheit nicht entgegen: so braucht Jemand, der z. B. auf eine Reihe Jahre gepachtet hat, nicht jedes Jahr, sondern erst nach Ablauf sämmtlicher Jahre das Pachtgeld zu bezahlen [3]). — Zinsen auf fällig gewordenes Miethgeld schuldet der Miethsmann nur im Falle des Verzugs [4]). — Sollte der Miethsmann durch seine eigene Schuld keinen oder geringern Nutzen von der Sache gezogen haben, so muß er dennoch das volle Mieth-

dergestalt vermiethet, daß es dem Miether gänzlich überlassen ist, braucht die custodia für die darin aufbewahrten Sachen nicht zu leisten. l. 55. pr. l. 60. §. 9. D. locati (19. 2.) l. 4. Cod. eodem (4. 65.)

1) §. 36. I. de rer. div. (2. 1.) Theophilus paraph. ad h. l. Merillii obs. lib. 8. c. 27.

2) Jedoch machen hiervon nicht nur Verabredungen, sondern vorzüglich auch Ortsgewohnheiten eine Ausnahme. — Zu einem Vorstandsgelde oder einer Vorausbezahlung ist der Miether oder Pachter durch Gesetzesbestimmung allein nie verpflichtet; denn seine Erfüllung kann mit der des Käufers nicht folgerecht verglichen werden. Vgl. Quistorp rechtl. Bemerk. II. 57.

3) l. 24. §. 2. l. 30. §. 3 D. locati (19. 2.) l. 34. D. de R. J. (50. 17.) l. 8. C. de locato (4. 65.)

4) l. 17. §. 4. D. de usuris (22. 1.) l. 17. C. de locat (4. 65.)

geld bezahlen [1]). Falls die Sache aber während des Contractes mit einem Miether von diesem eine Zeitlang gar nicht gebraucht und daher vom Vermiether an einen zweiten Miethsmann vermiethet war: so braucht der erste Miether auf diesen Zeitraum keine Miethe zu bezahlen und kann sogar das Gezahlte, soweit es auf diesen Zeitraum ging, zurückfordern [2]). — B) Der Miether einer ihm abgelieferten Sache haftet für deren Bewachung (custodia) [3]), d. h. er muß sie gegen zufällige und von dritten Personen herrührende Beschädigungen schützen, und hat den höchsten Grad des Fleißes zu leisten, wobei mehrere Miether in solidum [4]) verpflichtet sind. Für den reinen Zufall braucht der Miethsmann aber nicht zu haften [5]). — C) Der Miethsmann darf nur so gebrauchen, wie Vertrag oder Herkommen oder Natur der Sache es ihm an die Hand geben. Geht der Miethsmann über die Gränzen des bedungenen Gebrauchs hinaus, so haftet er dann sogar

1) l. 24. §. 2. l. 27. §. 1. l. 55. §. 2. D. locati (19. 2.)

2) Arg. l. 19. §. 9. 10. D. eod. (19. 2.) Diese Stelle redet zwar nur von einem Casus, weil aber der Grund der dort erwähnten Zurückforderung darin liegt, daß der Vermiether sich nicht auf Unkosten des Miethers bereichern solle, so muß dieß Fragment offenbar auch auf den obigen Fall bezogen werden. Voet ad Pand. 19, 2. §. 22.

3) l. 11. §. 2. l. 25. §. 3. l. 29. D. locati (19. 2.) Auch er selbst darf sie nicht derelinquiren. l. 13. §. 7. D. eod.

4) §. 5. I. de loc. et cond. (3. 25.) l. 5. §. 15. D. commodati (13. 6.)

5) l. 41. D. locati (19. 1.) l. 28. C. eod. (4. 65.) Diesem widerspricht nicht l. 25. §. 4. D. eod. (19. 2.); denn der Ausdruck inimicitias ejus kann eine Feindschaft gegen den Miethsmann nicht bedeuten, sondern Feindseligkeiten, die er selbst gegen den Nachbar ausgeübt hat. — Frage: wie soll der Miethsmann wegen einer Feuersbrunst haften? Für reinen Zufall, so wie für die Schuld seiner Leute steht er nicht ein; aber hat er sich dabei Nachlässigkeiten zu Schulden kommen lassen, so ist er zum Ersatze verbunden und weil er den höchsten Grad des Fleißes zu leisten schuldig ist: so wird er in einem solchen Falle den Beweis führen müssen, daß er diese diligentia präſtirt habe. Vinnius sel. quaest. l. 1. Cap. 33.

für den reinen Zufall [1]). Wenn dabei der Miethsmann eine bewegliche Sache in gewinnsüchtiger Absicht contractwidrig gebraucht, so hat er sich sogar (nach Römischen Ansichten) eines Diebstahls [2]) schuldig gemacht. Wie weit er aber die Sache selbst zum Zwecke der Nutzung verändern dürfe, muß, da das Römische Recht darüber schweigt, nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden. — D) Nach Beendigung der Miethzeit ist der Miethsmann zwar verpflichtet [3]), die Sache herauszugeben, aber nicht in demselben Zustande, in welchem er sie bekommen. Denn die Benutzung der Sache ist ohne Abnutzung nicht möglich, und diese hat der Vermiether zu tragen, weil er eben dafür das Miethgeld bekommt [4]). Jedoch versteht sich, daß der Miethsmann, sobald er sich einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat, für die dadurch veranlaßte Verschlechterung haftet. — Von der Verpflichtung zur Rückgabe soll, wenn der Vermiether mit der Contractsklage auf diese Restitution anträgt, den Miethsmann auch nicht einmal die Einrede seines Eigenthums befreien; vielmehr soll er die Sache herausgeben und sein Eigenthum erst dann verfolgen [5]). Dieß ist eine für den Miethcontract in sofern ganz eigenthümliche Bestimmung, daß, auch wenn das Eigenthumsrecht des Vermiethers sofort klar gemacht würde, er dennoch kein Recht hat, die Sache deßhalb zurückzubehalten. — Wenn der Miethsmann bis zum Endurtheile eines deßhalb geführten Processes die Rückgabe weigert: so soll

1) l. 11. §. 1. 4. l. 13. §. 3. l. 25. §. 3. D. locati (19. 2.)
2) Das Römische Recht gab eine Klage auf dieß furtum §. 6. I. de obl. quae ex delicto l. 48. §. 4. D. de furtis (47. 2.)
3) l. 34. Cod. de locato (4. 65.) l. 10. pr. l. 18. D. pr. commod. (13. 6.)
4) l. 25. §. 3. D. locati (19. 2.)
5) l. 25. C. de locato (4. 65.) Vgl. l. 31. §. 1. fin. D. depositi (16. 3.)

er nach Römischem Rechte, welches hierin keine Anwendung mehr bei uns finden möchte, als invasor rei alienae angesehen, und mit der Strafe der Selbsthülfe belegt werden, d. i. er soll dann neben der Herausgabe noch den Werth der Sache selbst als Strafe an den Vermiether bezahlen [1]). — Da Miethe nicht den Zweck hat, Eigenthum zu übertragen [2]): so wird sie zu einer unregelmäßigen (locatio irregularis) [3]), wenn die Gefahr oder das Eigenthum auf den Miether übergehet. Außer den unten bei den gemietheten Diensten zu erwähnenden Fällen, kommt dieß vor, a) wenn der Pachter eines Gutes das sogenannte Inventarium gegen ein Taxatum übernimmt und überliefert erhält. Man nennt dieß auch wohl Contractus socidà. Nach Römischen Rechten ist dieß Kauf und so geht kaufweise [4]) das Inventar in das Eigenthum des Pachters über. Einige haben gemeint, der Pachter erhalte beim Contractus socidà nicht das Eigenthum, sondern die Absicht der Parteien sey bloß Uebergang der Gefahr auf ihn, nicht aber demnächstige Rücklieferung nach dem taxirten Werthe. Dieß mag in manchen einzelnen Fällen richtig seyn, sofern eine solche Absicht sich klar nachweisen läßt; allein nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen [5]) muß im Zweifel das Eigenthum selbst als durch die Ueberlieferung nach dem Taxatum für übergegangen angesehen werden. Dieß ist für den Verpachter deßwegen wichtig, weil er das Eigenthum des ihm vorbehaltenen Inventars im Falle

1) l. 34. C. de locato (4. 65.) l. 10. C. unde vi (8. 4.)

2) l. 39. D. locat. (19. 2.)

3) l. 31. D. eod. v. Glück Pand. Bd. 15. §. 940. S. 165 ff. Bd. 17. §. 1044. S. 271. §. 1054. S. 423 ff. §. 1059. S. 487 ff.

4) l. 3. l. 54. §. 2. D. eodem. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. Thl. 1. Nr. 19.

5) l. 5. 10. 21. C. de jure dot. (5. 12.) v. Glück Pand. Bd. 25. S. 30—33. l. 3. l. 54. §. 2. D. locati (19. 2.); vgl. Höpfner Comment. §. 889. Note ** (von Weber).

des Concurses seines Pachters vindiciren kann; die Klugheit räth also, daß der Verpachter, wenn er nach dem Taxat das Inventar abliefert, sich dennoch das Eigenthum ausdrücklich vorbehält und erklärt, daß bloß Uebergang der Gefahr auf den Pachter die Absicht der Parteien sey. b) Desgleichen tritt locatio irregularis ein, wenn besonders verabredet ist, daß der Miether die Gefahr der Sache tragen solle. Bei gemiethetem Viehe kommt dieß besonders unter dem Namen eisernes Vieh vor, welches eine Stückzahl Vieh bedeutet, die gemiethet ist und in gleicher Zahl und gleichem Werthe wieder abgeliefert werden muß, ohne Rücksicht auf die Identität der Stücke.

3. Folgen der Unmöglichkeit der Benutzung der Sache.

§. 467.

Ist der Miether einer Sache durch einen Zufall an deren Benutzung (obgleich die Sache selbst im gehörigen nutzbaren Zustande war) gehindert, so ist es sein Schaden, und er muß dessen ungeachtet das [1]) volle Miethgeld bezahlen; wiewohl mit der obenerwähnten Ausnahme (§. 466.), daß nicht etwa unterdessen die Sache an einen Andern vermiethet gewesen ist. Hat aber die Sache durch einen Zufall den gehörigen nutzbaren Zustand [2]) verloren, so braucht der Miether nach Verhältniß der ihm entgangenen Benutzungsmöglichkeit das Miethgeld nicht zu bezahlen und kann selbst das Gezahlte nach demselben Verhältnisse

1) l. 61. §. 1. D. locati (19. 2.)

2) Sey es daß die Sache umgekommen ist, l. 19. §. 6. D. eodem, oder der Pachter daraus verdrängt wird, l. 27. §. 1. eod., oder seine Benutzung sonst eine Schmälerung leidet. l. 25. §. 2. l. 27. pr. eod.

zurückverlangen [1]); allein Ersatz des Interesse ist er erst dann zu fordern berechtigt, wenn der Vermiether dabei in culpa gewesen ist [2]). Sollte der Zufall, welcher die Sache betroffen, so unbedeutend seyn, daß die Benutzung dadurch wenig oder gar nicht verringert worden, so kann der Miether auch das Miethgeld nicht zurückbehalten [3]). Dieß sind die Grundsätze, auf denen die Lehre von der Remission des Pachtgeldes beruhet, welche mithin gar nicht als etwas Besonderes betrachtet werden kann, vielmehr folgerecht mit dem Satze zusammenhängt, daß der Verpachter dem Pachter eine zur Benutzung geeignete Sache zu leisten habe. — Es wird hierbei vorausgesetzt, daß der Gegenstand des Contractes eine Pachtung zum Zwecke des Früchtegewinnes sey; und obwohl die Remission nicht auf bloße Landpachtung [4]) beschränkt ist, hat sie doch bloß dabei eine genauer ausgebildete Theorie. — Bei der Remission des Pachtgeldes ist es in Uebereinstimmung mit dem Obigen gleichgültig, ob der erlittene [5]) Zufall eine Naturbegebenheit, Wasserfluthen, Mißwachs u. dgl., oder die Handlung dritter Personen, z. B. im Kriege, ist; doch muß es ein ungewöhnlicher [6]) Unglücksfall seyn, und nicht etwa bloß ein übler Erfolg der angestellten Bewirthschaftungsart oder ein schlechter [7]) Ertrag des Bodens; auch muß der Schaden, um zur Remission Berechtigung zu geben, einigermaßen beträchtlich seyn [8]), und namentlich ist bei einer Pacht auf mehrere Jahre der reich-

1) l. 9. §. 1. l. 15. §. 7. l. 33. D. loc. (19. 2.)
2) l. 9. §. 4. l. 19. §. 6. l. 30. §. 1. D. locati (19. 2.)
3) l. 24. §. 4. l. 25. §. 6. l. 27. pr. D. eod.
4) l. 15. §. 4. D. eod.
5) v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1056. Schweppe jur. Mag. I. 4.
6) l. 15. §. 2. 3. D. eod.
7) l. 15. §. 2. 5. D. eod. Bynkershoek Obs. II. 13. v. Glück Pand. a. a. O. S. 448 f.
8) l. 25. §. 6. D. eod.

lichere Ertrag des einen oder andern Jahrs [1]) mit den kleinern Unglücksfällen eines andern Jahres auszugleichen. — Das Quantum des Erlasses richtet sich nach dem Grundsatze, daß nie mehr an Pacht gezahlt werden solle, als nach Abzug der Kosten an Früchten gewonnen ist. Die höchste Remission kann in jedem Falle nur den Betrag des Pachtgeldes ausmachen, folglich können niemals unter diesem Namen Bestellungskosten, Düngung, Gail und Gaare, oder Einsaat gefordert werden. — Uebrigens wird vorausgesetzt, daß der Zufall die noch nicht percipirten [2]) Früchte betroffen habe, denn die percipirten werden immer bloß auf Gefahr des Pachters aufbewahrt. Bekanntlich gelten die Früchte für percipirt, sobald sie geschnitten oder gemäht u. s. w., wenngleich noch nicht eingebracht sind (§. 192. S. 445.). Ist das Einärnten vom Percipiren verschieden, so ist kein Grund vorhanden, die Rechtsregel der Remission bis auf das Einärnten auszudehnen. — Hat der Pachter den reinen Zufall übernommen: so hören seine Ansprüche auf Remission damit auf [3]).

4. Rechtsmittel.

§. 468.

Um sämmtliche Rechte, welche aus diesem Contracte entspringen, zur Erfüllung desselben oder zur Leistung eines Interesse geltend zu machen, hat der Vermiether die actio

1) l. 25. §. 4. D. eod. l. 8. C. eod. (4. 65.)

2) Eine andere Ansicht ist unrömisch und die Principe des Pachtcontractes offenbar überschreitend. Cujacii Obs. 26, 32. Auf die zum Absatz der Früchte erforderliche Zeit sehen: Struben R. B. I. 95. G. L. Böhmer de obl. locat. ob imp. rei usum §. 20. 21. (Elect. jur. Tom. I.) Vgl. v. Glück Pand. a. a. O. S. 456 f.

3) l. 8. C. de locato (4. 65.)

locati und der Miether die actio conducti. Der Vermiether kann sich auch außerdem, wenn [1]) er Forderungen aus dem Miethcontracte hat, des Zurückhaltungsrechts aller derjenigen Sachen des Miethers bedienen [2]), welche dieser in den gemietheten oder gepachteten Gegenstand eingebracht hat. Der Vermiether kann sich aber nur nach richterlicher Entscheidung in den Besitz dieser Sachen [3]) setzen, hat keine Selbsthülfe auszuüben, nicht einmal zum Zwecke des Austriebs des Miethers oder Pachters [4]). — Wegen Ansprüche, welche der Miether aus dem Contracte selbst an den Vermiether hat, steht ihm ebenfalls ein Retentionsrecht [5]) an der gemietheten Sache zu.

C. Erlöschung des Contracts.

§. 469.

Der Miethcontract soll seinem Wesen nach nur eine gewisse Zeitlang dauern, und endigt sich daher mit der im Vertrage selbst oder durch die Natur der Sache bestimmten Zeit; indessen ist hiebei noch zu bemerken, was über die Aufkündigung des Vertrags, die Folgen des Ablebens oder des Concurses eines der Contrahenten und über die Unterbrechung der Miethe durch ein dingliches Recht gilt. — Aufkündigung der Miethe von Seiten eines der Contra-

1) Hat er diese nicht, so muß er dem Miether freien Abzug gestatten; und im Falle der Störung dabei von Seiten des Vermiethers hat der Miethsmann (aber nicht der Landpachter) das interdictum de migrando. l. 1. §. 1. 2. 3. D. de migrando (43. 22.) Faber error. pragmat. D. 58. E. 3. D. 60. E. 3.

2) l. 9. D. in quib. caus. pign. tacit. (20. 2.) l. 34. D. de damno inf. (39. 2.) l. 1. pr. §. 1. 4. D. de migrando (43. 22.)

3) l. 6. l. 9. D. in quib. caus. pign. tac. (20. 2.) l. 56. D. locati (19. 2.)

4) A. M. J. H. Böhmer de poena jus sibi dic. sine jud. c. 1. §. 17. (Ex. ad Pand. Tom. 2.)

5) l. 12. fin. D. de vi (43. 16.)

henten ist, im Falle mangelnder Verabredung darüber, jederzeit erlaubt; nur bringt die Natur der Sache mit sich, daß bei Ackergütern der Ablauf des Jahrs beobachtet werden muß [1]). Wenn dagegen eine bestimmte Zeit im Contracte verabredet worden ist, vor welcher die Beendigung der Miethe oder die Aufkündigung nicht Statt finden solle, so kann nur unter besondern Umständen zu anderer Zeit gekündigt werden, nämlich: a) wenn der Vermiether mit der Prästation der Sache in einem beträchtlichen Verzuge sich befindet [2]); b) wenn die vermiethete Sache durch Reparaturen für jetzt unbenutzbar [3]) wird, oder wenn sie irgend einen wesentlichen Mangel bekommt, welchem nicht sofort abgeholfen werden kann, oder wenn der Miether in der Benutzung durch Unternehmungen dritter Personen leidet [4]); c) wenn der Miether durch eine gerechte Furcht zum Verlassen des gemietheten Grundstücks gezwungen wird [5]); — in diesen drei Fällen darf der Miethsmann ausnahmsweise ohne Rücksicht auf die im Contracte bestimmte Zeit kündigen. — d) Sofern die Sache einer nothwendigen Reparatur [6]) bedarf, durch welche der Bestand der contractlichen Benutzung unmöglich oder schwierig wird [7]); — e) wenn der Vermiether eines Hauses dasselbe unerwarteter Weise zu eigenem Gebrauche nöthig hat [8]); — f) wenn der Miethsmann mit der gemietheten

1) l. 13. §. 11. D. locati (19. 2.)

2) l. 24. §. 4. l. 60. pr. D. locati (19. 2.) Eine unbedeutende mora kommt nicht in Betracht.

3) oder doch beträchtlich geschmälert. l. 27. pr. l. 60. pr. D. eodem.

4) l. 25. §. 2. D. eod.

5) l. 27. §. 1. D. eod.

6) Wird bei nothwendigen Reparaturen einer Wohnung auf Seiten des Vermiethers, von diesem eine andere, gleich gute Wohnung dem Miether angeboten, so muß er die angebotene nehmen. l. 60. pr. D. locati (19. 2.)

7) l. 3. C. de locato (4. 65)

8) l. 3. C. cit. Dieß ist jedoch bloß auf Häusermiethe zu beschränken.

Sache nicht contracts- oder doch nicht wirthschaftsmäßig umgeht[1]); — g) falls der Miethsmann bei einer auf Termine verabredeten oder dem Herkommen nach fälligen Miethzahlung mit der Miethe zwei Jahr in Rückstand geblieben ist[2]): — so kann in diesen vier Fällen der Vermiether den Contract ausnahmsweise kündigen. — Der Tod eines Theils hebt, wenn im Contracte darüber nichts Besonderes bestimmt ist, den Miethcontract keineswegs auf; sondern die Verbindlichkeiten aus demselben gehen auf beiden Seiten auf die Erben über[3]). — Der Concurs eines der Theile hebt an sich den Contract ebenfalls nicht auf. Geräth der Vermiether in Concurs: so müssen die Gläubiger den Contract bis zum Verkauf der Masse halten[4]); der Verkauf bricht dann die Miethe, und dem Miether bleibt das Recht, sich im Concurse des Vermiethers um Entschädigung wegen nicht ausgehaltenen Contractes zu melden. Die Stellung des Miethers im Prioritätsurtheile hängt dann von den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen ab. — Der Concurs des Miethers muß nach der Billigkeit als eine so wesentliche Veränderung der Umstände angesehen werden, daß man dem Vermiether nicht zumuthen kann, die Sache länger in dem Contractsverhältnisse zu lassen; wiewohl dabei eigentlich eine Aufkündigung geschehen muß und der Contract keineswegs von selbst endigt[5]). — Geht die vermiethete Sache durch Kauf in das Eigenthum eines Andern über, oder tritt an

1) l. 3. C. cit. Nov. 120. c. 8.

2) Nov. 120. c. 8. l. 54. §. 1. l. 56. D. locati (19. 2.)

3) §. 6. I. de loc. et cond. (3. 25.) l. 19. §. 8. D. locati (19. 2) l. 10. C. eod. (4. 65.)

4) l. 8. §. 1. de reb. auct. jud. poss. (42. 5)

5) G. L. Boehmer de jure circa conductionem, orto adversus conductorem concursu (Electa jur. civ. T. I. Nr. 11.)

die Stelle eines revocabeln Rechts des Vermiethers ein anderes dingliches Recht einer dritten Person an der Sache während des Contracts in Kraft (z. B. der Proprietar tritt an die Stelle des vermiethenden Usufructuars): so bricht der Kauf (oder vielmehr das Realrecht) die Miethe, oder allgemeiner: so hört das Benutzungsrecht des Miethers an der Sache [1]) deßwegen auf, weil er kein dingliches Recht an derselben verfolgen kann und gegen den neuen Eigenthümer oder Innehaber gar kein Klagerecht [2]) hat; ein Satz, der so einfach aus dem Verhältnisse des dinglichen Rechts zum persönlichen Rechte folgt, daß man den langen Streit darüber sich kaum erklären kann. Der Miether hat aber seinerseits ebenfalls nicht nöthig, dem neuen Eigenthümer (wenn diesem das Vertragsrecht vom vorigen Innehaber nicht abgetreten ist) den Contract zu halten [3]). Der Vermiether muß natürlich den Miether wegen der vor Ablauf des Contracts unterbrochenen Benutzung entschädigen [4]), ausgenommen wenn der Miether wußte, daß die Sache sich auf Seiten des Vermiethers nur in einem widerruflichen Dispositionsrechte befand; denn im letztern Falle ist der Vermiether oder dessen Erbe dem Miether nicht zum Ersatz verpflichtet [5]). — In einigen Fällen kann der Miether auf Aushaltung der Contractzeit auch gegen den neuen Eigenthümer oder Disponenten der Sache bestehen: a) wenn

1) l. 25. §. 1. l. 32. D. locati (19. 2.) l. 9. C. eod. (4. 65.) l. 59. §. 1. D. de usufr. (7. 1.) l. 25. §. 4. D. solut. matrim. l. 120. §. 2. D. de leg. I. v. Glück Pand. Bd. 18. §. 1061. S. 11 ff.

2) l. 9. §. 1. D. eod. (19. 2.)

3) l. 32. D. locati (19. 2.) v. Glück Pand. B. 18. §. 1062. S. 26 ff.

4) l. 25. §. 1. D. eodem. Es wird daher bei Veräußerungen dem neuen Eigenthümer die Aushaltung des bestehenden Miethcontractes vom Veräußernden oft zur Bedingung gemacht. l. 9. C. eodem (4. 65.)

5) l. 9. pr. §. 1. l. 32. D. locati (19. 2.) l. 120. §. 2. D. de legatis I. (30.)

dieser neue Erwerber sich verbindlich gemacht hat, die Miethzeit auszuhalten; wobei es einerlei ist, ob er diesen Contract mit dem vorigen Vermiether oder mit dem Miethsmanne abgeschlossen hat [1]). — b) Wenn der Fiscus Vermiether gewesen ist, denn wer von ihm kauft, muß dem Miethsmanne die Miethe immer aushalten [2]). c) Endlich wenn sich der Miether durch einen Vertrag, daß nicht veräußert werden solle, und eine darauf bestellte Hypothek sichert. Ohne Hypothek würde der Vertrag den Uebergang des Eigenthums auf einen neuen Erwerber nicht hindern; ist sie aber bestellt, so hat der neue Eigenthümer gegen den Inhalt der Hypothek keine dingliche Klage geltend zu machen [3]).

D. Erneuerung des Contracts.

§. 470.

Wenn ein bisheriger, auf irgend eine Weise zu Ende gegangener, Miethcontract zwischen den Contrahenten erneuert werden soll: so kann dieß durch besondere Verabredung nach dem Belieben [4]) der Theile, aber auch stillschweigend dadurch geschehen, daß sie ihre bisherigen Verhältnisse fortbestehen lassen, also weder aufkündigen noch

1) l. 25. §. 1. D. locati (19. 2.) l. 9. C. eod. (4. 65.) Es ist im Falle der neue Erwerber mit dem vorigen Vermiether diesen Contract abschloß, nicht einmal nöthig, dabei an einen Vertrag zu Gunsten des Dritten zu denken; denn der vorige Vermiether hat ein eben so wesentliches Interesse dabei, daß er nicht auf Entschädigung vom Miethsmanne belangt werde. Klagt Letzterer nun gegen den neuen Erwerber, so ist zu fingiren, daß ihm der vorige Vermiether die Klage habe cediren müssen.

2) l. 50. D. de jure fisci (49. 14.) l. 2. C. de quadr. praescript. (7. 37.)

3) l. 7. §. 2. de distract. pign. (20. 5.) Wernher obs. forenses. P. 7. obs. 227.

4) l. 11. l. 32. C. de locato (4. 65.) Vgl. v. Glück Pand. Bd. 18. §. 1064. S. 57. — (Ausnahme s. §. 471.)

die vermiethete Sache zurückgeben oder zurücknehmen. Die Folge davon ist, daß man den bisher geltenden Miethcontract unter denselben Bedingungen als fortbestehend ansieht, daß jedoch das Haften von Seiten Dritter, welche nur auf die Dauer des zuerst eingegangenen Contractes sich verbindlich gemacht hatten, mit dessen Beendigung von selbst wegfällt [1]). Die Dauer der Contractserneuerung oder Relocation ist bei fruchttragenden Grundstücken nicht länger, kann aber bei ihnen der Natur der Sache nach auch nicht geringer als die eines Jahres seyn; so daß auch nach dem in Deutschland geltenden gemeinen Rechte vor dessen Ablauf eine Kündigung des erneuerten Contracts nicht Statt finden kann [2]). Sind die Gegenstände der Miethe anderer Art: so darf man nach stillschweigender Relocation in willkürlichen Zeitpuncten aufkündigen, ausgenommen, wenn in einem schriftlichen Miethvertrage eine bestimmte Zeit der Dauer des Contractes festgesetzt worden ist; denn in diesem Falle wird die Relocation als eben so lang angenommen [3]).

E. Pachtung vom Fiscus.

§. 471.

Es ist schon erwähnt worden, daß, wer vom Fiscus gepachtet hat, im Falle einer Veräußerung der Sache dem neuen Erwerber nicht zu weichen brauche [4]). Auch hat bei fiscalischen Grundstücken der bisherige Pachter bei gleichem

1) l. 13. §. 11. l. 14. D. locati (19. 2.) l. 16. C. eod. (4 65.)

2) l. 13. §. 11. cit. Schrader Abhandl. a. d. Civilrecht. Nr. 2. S. 24—43. v. Glück Pand. Bd. 17. §. 1045. S. 278—284.

3) l. 13. §. 11. fin. D. locati (19. 2.) Weber zu Höpfner Comment. §. 891. Not. 3.

4) l. 50. D. de jure fisci (49. 14.)

Gebote ein Vorzugsrecht vor einem neuen Pachter [1]), was sich sonst beim Miethcontracte keineswegs findet [2]). — Bei einer Pachtung öffentlicher Einkünfte war bei den Römern das Eigene, A) daß sie in Ermangelung näherer Verabredung auf 3 Jahre [3]) galt, B) daß schon der Rückstand eines einzigen Zahlungstermins [4]) der Behörde das Recht gab, den Pachter austreiben zu lassen, und C) daß (dem Grundsatze, daß Niemand als Pachter zur Relocation [5]) verbunden ist, zuwider), wenn Pachter öffentlicher Abgaben bisher einen beträchtlichen Profit [6]) gezogen hatten, sie gehalten seyn sollen, die Pacht wieder anzunehmen, wenn sich nach Ablauf ihrer Zeit kein neuer Pächter finden sollte.

II. Von der locatio conductio operarum.

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 472.

Wenn Jemand seine einzelnen Dienstleistungen nach dem Willen oder auf die Anleitung eines Andern zu leisten verspricht, und dieser Andere dafür einen gewissen Lohn (Miethgeld, merces) zu bezahlen gelobt: so ist dieß ebenfalls ein in allen hier nicht besonders hervorgehobenen Eigenschaften nach den Regeln der locatio conductio rei (s. §. 464—470.) sich richtender Miethcontract, dessen Gegenstand eine Reihe von Handlungen ist, im

1) l. 4. C. de locat. praes. civ. (11. 70.)
2) l. 32. C. de locato (4. 65.)
3) l. 4. C. de vectigal. (4. 61.)
4) l. 10. §. 1. D. de publican. (39. 4.)
5) l. 9. §. 1. D. de publicanis (39. 4.) l. 3. §. 6. D. de jur. fisc. (49. 11.) l. 11. C. de locato (4. 65.)
6) l. 11. §. 5. D. eod.

Uebrigen aber das Wesen des Contractes nicht verändert. Uebrigens bildet nicht das Versprechen einer jeden Handlung [1]) einen Miethcontract; sondern es muß ihr der Begriff einer Dienstleistung [2]), und zwar einer solchen, die dem Miether zum Nutzen gereichen kann, zum Grunde liegen; ein Begriff, der allerdings ziemlich weit gefaßt ist, da z. B. die Verpfändung seines Grundstücks, welche Jemand für einen Dritten leistet, als ein Dienst angesehen wird [3]). Uebrigens müssen Dienste, welche man miethet, nicht in besonderem Ansehen stehen [4]), und regelmäßig für Miethgeld zu haben seyn; sie heißen deßwegen illiberale Dienste und können nach einem gewissen herkömmlichen Preise geschätzt werden [5]). — Der Zweck der Dienstmiethe geht auf die Beschaffung einer einzelnen Diensthandlung oder einer Reihe von Diensthandlungen einer gewissen Art, oder endlich auf Besorgung eines Ganzen, das nur durch eine verhältnißmäßige Menge zusammengehöriger Dienstleistungen möglich ist. Die letztere Vereinbarung wird locatio conductio operis genannt. Der Vermiether, d. h. in den vorstehenden Verhältnissen derjenige, welcher die Dienste zu leisten hat, muß den höchsten Grad der Aufmerksamkeit und des Fleißes prästiren; wobei sich von selbst versteht, daß, wenn ihm Sachen anvertraut sind, er auch deren Bewachung leisten muß [6]). — Auch muß

1) Es dürfen auch nur erlaubte Handlungen versprochen werden. Brummer Exercit. de loc. et cond. in opusc. (p. 375. seqq.) c. 3. §. 10.

2) l. 5. §. 2. D. praescr. verb. (19. 5.)

3) l. 5. §. 2. l. 19. §. 1. D. de praesc. verb. (19. 5.)

4) l. 1. pr. D. si mensor falsum modum (11. 6.)

5) l. 1. pr. D. si mensor falsum m. (11. 6.) l. 1. pr. §. 5. D. de extraord. jud. (50. 13.) „Quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur —“ das Honorar bei liberalen Diensten.

6) l. 9. §. 5. l. 13. §. 5. 6. l. 25. §. 7. D. locati (19. 2.) l. 12. pr. D. de furtis (47. 2.)

der Vermiether die Dienstarbeit auf die vom Miether vorgeschriebene Weise liefern oder beschaffen [1]); sollte darüber keine genaue Bestimmung getroffen seyn: so muß er sie nach Billigkeit vollführen, d. i. so, wie er selbst es dem Miether am vortheilhaftesten ansieht; wogegen der Letztere auch nicht mehr als eine mittlere Vollkommenheit verlangen kann [2]). Uebrigens folgt es aus den allgemeinen Grundsätzen, daß derjenige, welcher seine Dienste verdungen hat, die Kosten tragen müsse, welche zur Leistung der Arbeit nothwendig sind; daß hiervon besondere Verabredungen und selbst stillschweigende Uebereinkunft eine theilweise Ausnahme machen können, versteht sich von selbst, z. B. in Deutschland bei dem Dienstbotencontracte, bei welchem gemeiniglich vorausgesetzt wird, daß die Herrschaft die Werkzeuge zur Arbeit dem Dienstboten hält. Der Zufall wird bei dem Dienstmiethcontracte nach allgemeinen Grundsätzen getragen, jedoch kann derjenige, welcher seine Dienste vermiethet, von dem Miether, bei welchem ein Zufall die Miethe nicht zur Ausführung bringen läßt, sein Miethgeld nur dann [3]) verlangen, wenn er seine Dienste in der Contractzeit nicht an einen Andern vermiethet und von diesem dasselbe Miethgeld erhalten hat. Hat er in einem solchen Falle von einem zweiten Miether nicht das ganze, mit dem Ersten verabredete, Miethgeld bekommen können: so muß der Erstere die Differenz erstatten [4]). Die besonderen, durch den Deutschen Begriff der Unterwürfigkeit der

1) Wird er unfähig zur Erfüllung seiner versprochenen Dienste, so fällt auch der Lohn weg. l. 15. §. 6. D. locati (19. 2.)

2) l. 24. pr. D. locati (19. 2.) §. 5. I. de loc. et cond. (3. 25.) Eine einzelne merkwürdige Billigkeit ist, daß eine Frau für ihr auf der Reise gebornes Kind dem gemietheten Fuhrmanne das Miethgeld nicht zu vermehren braucht. l. 19. §. 7. D. eod.

3) l. 38. D. locati (19. 2.)

4) l. 19. §. 9. 10. D. locati (19. 2.)

Dienstboten unter ihre Herrschaft etwas veränderten, Grundsätze des Dienstbotencontractes [1]) gehören übrigens in das Deutsche Privatrecht. — Beendigt wird der Dienstmiethcontract nicht nur durch Ablauf der Zeit, sondern auch durch Lieferung der Arbeit, welche einzeln aufgegeben gewesen ist. Der Tod (s. §. 469.) des Locator hebt dann den Contract auf, wenn der Natur der Sache nach dessen persönlicher Dienst bei der Miethe wesentlich beabsichtiget war. — Die anzustellenden Klagen heißen bei der locatio conductio operarum wie bei der Sachenmiethe. Die gemiethete Person (der Vermiether) hat also die actio locati und der Miethende die actio conducti.

B. Locatio conductio operarum zum Zweck eines opus.

§. 473.

Eine eigene Art der locatio conductio operarum tritt dann ein, wenn Jemand Dienstleistungen zum Zwecke eines Ganzen, also um eine gewisse Arbeit machen zu lassen, miethet. Der Miether wird dann als Geschäftsherr angesehen (dominus) und der Gemiethete als Unternehmer (redemtor) des Werkes (opus, universitas consummationis) [2]). Ein solcher Vertrag wird als eine Vermiethung von Diensten auf Seiten des Unternehmers (locatio operarum), häufiger aber auch als eine Vermiethung des Werkes zum Fertigmachen (locatio operis) von unsern Quellen angesehen, so daß sie manchmal den Unternehmer,

1) Eichhorn Deutsch. Priv. Recht. §. 326.

2) l. 51. §. 1. D. locati (19. 2.)

gewöhnlicher aber den Eigenthümer locator nennen[1]). Die locatio operis ist allerdings dem Verkaufe einer körperlichen Sache sehr ähnlich; giebt der Arbeiter den Stoff zu dem Werke her: so ist das Geschäft ein wirklicher Kaufcontract[2]); giebt der Besteller aber den Stoff dazu: so bleibt es Miethe; auch etwanige Zuthaten des Arbeiters zum Hauptstoffe heben den Begriff der locatio operis nicht auf; so daß Errichtung eines Gebäudes auf Grund und Boden des Bestellers, auch wenn der Baumeister alle Materialien dazu thut, den Miethcontract nie in einen Kaufcontract verwandelt[3]). — Der Unternehmer ist nach dem Contracte verbunden, sein übernommenes Werk zu Stande zu bringen, da durch die Natur der Sache selbst der Vertrag auf diese Dauer geltend angenommen wird[4]), und muß die Arbeit auch in einer Beschaffenheit liefern, in welcher mindestens keine positiven Fehler gefunden werden können[5]); eine höhere Vollkommenheit kann aber der Besteller nicht verlangen, falls sie nicht ausdrücklich verabredet ist. — Wenn der Besteller der Arbeit, wie nicht selten geschieht, dieselbe nach einem Plane[6]) und unter Vorausbedingung seiner demnächstigen Billigung verlangt, so kann hierbei nur das arbitrium boni viri in Betracht kommen und das Werk darf wegen Kleinigkeiten nicht verworfen werden[7]). Der Unternehmer haftet für jede von ihm begangene Fahrlässigkeit und muß

1) Cujacii Obs. lib. 2. c. 28.

2) Gajus III. 147. l. 65. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 2. §. 1. D. locati (19. 2.)

3) §. 4. I. de loc. et cond. (3. 25.) l. 2. §. 1. l. 22. §. 2. D. locati (19. 2.) l. 20. l. 65. D. de contr. emt. (18. 1.)

4) l. 58. §. 1. D. locati (19. 2.)

5) l. 51. §. 1. l. 62. D. eodem.

6) l. 51. §. 1. cit.

7) l. 24. pr. D. locati (19. 2.) §. 5. I. de loc. et cond. (3. 25.)

positiven Fleiß [1]) anwenden; auch Bewachung, wenn eine Sache ihm anvertrauet ist. Mehrere haften, wenn sie sich zur Uebernahme eines gemeinschaftlichen Werkes vereinigen, Jeder für Alle und Alle für Jeden [2]). Das Miethgeld, welches der Besteller schuldig ist zu entrichten [3]) (Lohn), wird bei der conductio operis, wenn nicht stückweise Zahlung bedungen worden ist, erst nach der Vollendung des Ganzen bezahlt [4]). — Den Lohn kann der Unternehmer aber bei mangelnder Vollendung des Werks nicht verlangen, wenn in seiner [5]) Person der, obgleich vielleicht zufällige, Grund liegt, daß das Werk nicht vollendet wird; geht aber das Werk unter, ohne Schuld des Unternehmers [6]): so verringert dieß die Verpflichtung des Bestellers, den Arbeitslohn zu bezahlen, keineswegs. Sollte die Lohnzahlung von der Vorlegung und Billigung des Werkes abhängen, dieß aber vorher untergegangen seyn: so ändert dieß in der Zahlungsverbindlichkeit [7]) des Bestellers dennoch nichts, wenn der Unternehmer die Vertragsmäßigkeit des Werkes nachweiset. — Als eine besondere oben schon berührte Abweichung von dem gewöhnlichen Miethcontracte ist der Fall anzusehen, daß auf den Miethsmann Eigenthum übergehet, und von ihm der Zufall getragen wird [8]). Diese **locatio irregularis** findet sich vorzugsweise auch bei der **locatio** operis. Es ist hierbei vorzüglich Folgendes zu

1) l. 13. §. 5. l. 25. §. 7. l. 36. D. eodem.

2) l. 85. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

3) l. 58. §. 2. D. locati (19. 2.) Doch darf der Eigenthümer oder Besteller, wenn ein zu niedriger Kostenanschlag vorgängig gemacht worden ist und sich dieß zeitig entdeckt, dem Unternehmer den Contract aufkündigen. l. 60 §. 4. eodem.

4) l. 30. §. 3. D. locati (19. 2) Lauterbach colleg. D. (19. 2.) §. 113. 114.

5) l. 15. §. 6. D. eodem.

6) l. 36. 37. 59. 62. D. eodem.

7) l. 24. pr. D. eodem. Cujac. obs. lib. 23. c. 33. — l. 36. 37. D. eodem.

8) l. 39. D. locati (19. 2.)

bemerken: a) Wenn ein Gebäude zur Erbauung verdungen wird, und der Baumeister die Materialien dazu hergeben soll: so muß das Eigenthum derselben bei ihrem Verbrauche auf den Geschäftsherrn übergehen, weil dieser der Eigenthümer des Grundes und Bodens ist [1]). Dasselbe gilt bei allen Arbeitern, welche zu einem opus den Hauptstoff hergeben, z. B. beim Schneider, wenn dieser das Tuch zum Kleidungsstücke liefert. b) Wenn fungibele Sachen als solche zum Transporte oder zum Verarbeiten einem Andern übergeben werden: so ist es nach der Natur der Fungibilien einerlei, ob der Empfänger eben dieselben restituirt, oder ob er andere von gleicher Quantität und Qualität abliefert. Er wird deßhalb Eigenthümer des Empfangenen [2]) und trägt also den Zufall. — Noch ist zu bemerken, daß wer zum Unterrichte eines Lehrlings sich verpflichtet hat, auch schon nach Röm. Rechte zu einer mäßigen Züchtigung für den Zweck der Lehre und Erziehung berechtigt ist [3]).

Der Emphyteutcontract ist schon oben (§. 317 ff.) bei Gelegenheit des dinglichen Emphyteutrechtes abgehandelt worden.

Drittes Capitel.

Von der Societät.

I. Begriff der Societät.

§. 474.

Die Societät ist ein Consensualcontract und zwar ein solcher, welchen zwei oder mehrere Personen (socii) ein-

1) l. 22. §. 2. D. locati (19. 2.)

2) l. 31. (In navem Saufeji) D. locati (19. 2) v. Bynkershoek obs. lib. 8. c. 1 — 8.

3) l. 13. §. 4. D. eodem.

gehen, um miteinander Etwas gemeinschaftlich zu unternehmen, zu erwerben oder zu benutzen [1]). Ob die Gemeinschaft an Diensten oder an Sachen ausgeübt wird, ändert den Begriff nicht. Nach dem Umfange der Geschäfte, welche man gemeinschaftlich vorzunehmen verabredet, ist eine Societät entweder ein Gesellschaftsvertrag in Beziehung aller Güter (Universalsocietät) oder eine particulare Societät, d. h. eine solche, in welcher jeder Theilnehmer noch Etwas für sich behält, das nicht der Societät zukommt. Diese letztere kann sehr verschiedenartige Zwecke haben, und namentlich auch Statt finden, ohne daß dabei die Absicht des Erwerbes oder Gewinnes (Geldgewinnes) vorherrschend oder vorhanden ist. Eine solche Societät wird simplex genannt. — Aber gemeiniglich gehen Gesellschaftscontracte auf die Erreichung eines gemeinschaftlichen Vermögensvortheils (Societas quästuaria); wobei man unterscheidet, ob der ganze Ertrag aller Geschäfte der Theilnehmer der Gesellschaft in Rechnung komme, — oder nur der Ertrag gewisser Geschäftszweige der Theilnehmer dahin gehöre, — oder endlich, nur einzelne Unternehmen für Rechnung der Gesellschaft angestellt werden. Wenn es zweifelhaft ist, welche Art von diesen auf Seiten der Gesellschafter habe eingegangen werden sollen: so wird eine Gesellschaft auf Vermögenserwerb und unter Beziehung aller ihrer Geschäfte auf den Gesellschaftszweck vermuthet [2]). — Der Zweck dieses Contractes darf nicht etwas Unerlaubtes seyn, sonst ist die Eingehung selbst ungültig [3]). — Ferner ist eine Bedingung

1) l. 31. l. 32. D. pro socio (17. 2.) Durch diese von den Gesellschaftern selbst ausgehende Vereinigung unterscheidet sich die Societät von der Communion, welche zufällig ist.

2) l. 7. D. pro socio (17. 2.)

3) l. 70. §. 5. fin. D. de

des Societätscontractes, daß jeder Theilnehmer Etwas zum Zwecke oder doch zu den Bedürfnissen der Gesellschaft beitragen müsse; denn trüge einer von ihnen Vortheil ohne irgend eine Beihülfe, welche seinerseits geleistet wird, durch die Gesellschaft davon, so wäre dieß als Gesellschaftsvertrag ungültig, und galt bei den Römern auch als Schenkung nicht [1]); jedoch heut zu Tage kann dieß als Schenkung gelten, da ein einfacher Vertrag eine Schenkung bei uns gültig macht [2]). Gleichheit der Beiträge, welche der einzelne Gesellschafter leistet (bestehen diese in Sachen oder Diensten), ist aber keinesweges erforderlich [3]). Was für Gegenstände Jemand beiträgt, oder wie er zum Zwecke der Gesellschaft wirkt, kann dabei nach den Umständen höchst mannigfaltig seyn. Werden nicht fungibele Sachen von einem Theilnehmer in die Gesellschaft gegeben: so können sie entweder bloß zum Gebrauche auf die Dauer der Gesellschaft oder eine kürzere Zeit eingeräumt seyn, oder es ist ein Eigenthumsübergang an die Gesellschaft dabei beabsichtigt. Ist dieß zweifelhaft, so kann man nur eine Abtretung zum Gebrauche vermuthen, weil diese eine geringere Rechtsänderung, als der Eigenthumsübergang ist, enthält; so daß im Zweifelsfalle derjenige, welcher den Eigenthumsübergang behaupten wollte, diesen beweisen müßte [4]). Wenn aber die Sachen eines Theilnehmers der Gesellschaft taxirt überliefert sind: so ist anzunehmen, daß das Eigenthum derselben auf sie überge-

fidej. (46. 1.) l. 57. D. pro socio (17. 2.) l. 35. §. 2. de contr. emt. (18. 1.)

1) l. 16. §. 1. D. de minor. (4. 4.) l. 5. §. 2. D. pro socio (17. 2.) l. 32. §. 24. de don. int. vir. et ux. (24. 1.)

2) Averanius Int. jur. lib. IV. c. 12. Nr. 23—26.

3) §. 2. I. de societ. (3. 26.) verbis: „nam et ita“ etc. l. 1. C. pro socio (4. 37.) l. 29. pr. D. eod. (17. 2.)

4) l. 58. pr. D. pro socio (17. 2.)

gangen sey. — Wenn der Zweck der eingegangenen Gesellschaft die Beendigung derselben schon mit sich bringt, indem nach Erreichung dieses Zwecks der Gesellschaftsvertrag ohne weiteren praktischen Werth für die Theilnehmer ist: so versteht sich von selbst, daß die Societät so angesehen wird, als sey sie mit dieser Zeitbestimmung vom Anfange an verabredet worden. Doch können auch andere Zeitbestimmungen beim Eingange von den Theilnehmern getroffen werden; nur wird der Vertrag nie auf längere Zeit als auf Zeitlebens gültig verabredet angenommen, so daß also der Erbe zu Fortsetzung der Societät des Erblassers durch die Bedingungen des Vertrags nicht verpflichtet werden kann [1]). — Da der Vertrag Consensualcontract ist, so reichte schon bei den Römern die einfache Einwilligung aller Theile zum Abschlusse desselben hin [2]); wobei sich von selbst versteht, daß auch eine stillschweigende Einwilligung mittelst schlußberechtigender Thatsachen den Contract perfect mache [3]), besonders nach vorhergehender Communion der Sachen.

1) l. 1. pr. l. 70. D. pro socio (17. 2.)

2) l. 4. pr. D. eodem.

3) Gegen diesen aus allgemeinen Grundsätzen hergeleiteten Satz streitet l. 3. §. 1. D. pro socio (17. 2.) keineswegs, da offenbar die Worte „cum specialiter coita est societas" auf den Beisatz „omnium bonorum" zu beziehen sind; und eine societas *omnium bonorum* allerdings nicht vermuthet werden kann, wenn sie nicht ausdrücklich eingegangen ist. Es läßt sich aber sehr wohl denken, daß selbst eine societas omnium bonorum stillschweigend durch solche schlußberechtigende Thatsachen eingegangen werde, daß an ihrer Existenz kein Zweifel übrig bleibt.

II. Rechtsverhältniß bei der Societät.

A. Antheile der socii.

§. 475.

Die Theile der Masse müssen, wenn sie nicht in Gelde bestehen, bei der Auseinandersetzung auf Geld reducirt werden. Bei der societas omnium bonorum haben alle Theilnehmer gleiche Theile; bei einer anderen Gesellschaft aber muß man den Betrag, welchen Jemand zum gemeinschaftlichen Vermögen eingeschlossen hat, von seinem Antheile am Gewinn oder Verlust wohl unterscheiden. Der ursprüngliche Beitrag, mag das Beigetragene bloß zum Gebrauche der Gesellschaft gegeben oder in deren Eigenthum übergegangen seyn, bleibt dem Beitragenden, und die Ansicht, daß aus der Uebertragung des Eigenthums an die Gesellschaft die Folge entstehe, daß der Werth des Uebertragenen nachher zu gleichen Theilen den Gesellschaftsmitgliedern beizulegen sey, widerspricht der Consequenz und beruht offenbar auf einer Verwechselung zwischen der übertragenen Sache selbst und ihrem Werthe [1]. — Gewinn oder Verlust gehen ebenfalls zu gleichen Theilen unter den Gesellschaftern; jedoch verstehen darunter Einige verhältnißmäßig gleiche Theile, d. h. dasjenige, was sich bei einer Theilung des Gewinnes oder Verlustes als Rechnungsschluß zeigt, wenn man dabei den Maßstab des Einschusses anlegt. Dieß ist aber irrig [2]; denn die Stellen des Römischen Rechts nennen aequas partes, welcher Ausdruck sonst niemals für verhältnißmäßig gleiche

1) Donellus Comm. ad Cod. ad leg. 1. pro socio (4. 37.)

2) §. 1. I. de societ. (3. 26.) l. 29. pr. D. pro socio (17. 2.)

Theile gebraucht wird [1]), als dasjenige, was bei der Theilung den Gesellschaftern zukomme. Entscheidend ist für diese Ansicht auch noch, daß bei der verhältnißmäßigen Theilung des Verlustes oder Gewinnes die Arbeit, welche ein Theilnehmer öfters statt jedes andern Beitrages leistet, sich nicht selten zu einem Geldwerthe gar nicht anschlagen läßt, was doch geschehen müßte, wenn bei der Theilung eine Proportionenrechnung als Regel angenommen würde. — Verabredungen können von diesen allgemeinen Regeln eine Ausnahme bilden; wobei zu bemerken ist: a) bei ungleichen Beiträgen kann auch ungleiche Theilung verabredet werden [2]); aber bei gleichen Beiträgen ist ungleiche Theilung nicht erlaubt, weil sich sonst das Geschäft in eine Schenkung verlieren würde [3]); b) die für den Gewinn verabredeten Theile gelten dadurch auch für den Verlust, oder mit andern Worten, nur auf das Schlußresultat der Rechnung ist die Verabredung über die Theilung zu beziehen [4]). c) Man kann einen Theilnehmer von demjenigen Verluste, welcher als Schlußresultat der sämmtlichen Gesellschaftsgeschäfte sich etwa zeigen möchte, durch Verabredung befreien, falls etwa seine Dienste so wichtig sind [5]); wodurch mithin dieses Gesellschaftsmitglied vor aller Ge=

1) Dieß nennt man vielmehr pro rata. Vgl. l. 23. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) l. 40. §. 4. D. de damn. inf. (39. 2.) l. 63. §. 1. de acq. rer. domin. (41. 1.) Hiezu kommt der Zusammenhang der l. 29. pr., welcher zeigt, daß für den Fall eine ungleiche Theilung zu verabreden erlaubt seyn solle, wenn ungleiche Theile eingeschossen sind. Diese Verabredung würde unnütz seyn, wenn jedenfalls pro rata getheilt würde.

2) l. 6. l. 29. pr. D. pro socio (17. 2.)

3) Man bestreitet dieß zwar wegen §. 1. I. de societate (3. 26.) und weil man meint, die Parteien könnten nach Gutdünken verfahren. Allein das Gegentheil ergiebt sich aus l. 29. cit., wo ganz bestimmt gesagt wird, wann ungleiche Theilung Statt finden könne.

4) §. 2. 3. I. de societ. (3. 26.) l. 30. D. pro socio (17. 2.)

5) l. 29. §. 1. D. eodem. §. 2. in fin. Inst. eodem.

fahr eines endlichen Verlustes, welchen er sonst aus den Geschäften fürchten könnte, gesichert wird. Aber daß ein einzelner Theilnehmer an den einzelnen Verlustposten keinen Antheil, dagegen an dem Gewinne seinen Theil haben solle, ist als Gesellschaftsvertrag ungültig (societas leonina)[1]; nur als Schenkungsversprechen könnte eine solche Verabredung gelten.

B. Dispositionsrecht der socii.

§. 476.

Die Frage, wie weit sich das Dispositionsrecht der Socii erstrecke, begreift eigentlich die Untersuchung, in wie weit die Societät das Recht des Einzelnen, über seinen Antheil zu disponiren, nicht beschränkt, und in wie weit der Gesellschafter als Mandatar der Gesellschaft anzusehen ist. (Vgl. §. 484 ff.). Diesen Grundsätzen entspricht es, daß der Einzelne über seinen Societätsantheil[2]) unabhängig von den übrigen disponiren kann, was dann die Societät als solche nicht interessirt. Wenn aber ein Gesellschafter über Verhältnisse der ganzen Societät oder mehrerer Mitglieder in derselben, als Theilnehmer der Gesellschaft, disponirt: so wird die Societät nur so weit verpflichtet, als das handelnde Mitglied im Zwecke[3]) der Gesellschaft handelte; ging es aber über denselben hinaus, so haftet sie nicht. Sollten aber alle Mitglieder gemeinschaftlich den Zweck der Gesellschaft überschritten und dabei ein Geschäft eingegangen haben: so haben sie den ganzen Verein[4]) verpflichtet, indem man es alsdann

1) l. 29. §. 2. D. eodem.
2) l. 16. §. 1. D. pro socio (17. 2.)
3) Arg l. 12. D. commun. div. (10. 3.)
4) Arg. l. 28. D. eodem.

so ansiehet, als ob der Zweck der Gesellschaft einmüthig von allen Theilnehmern erweitert wäre.

C. Gegenseitige Leistungen der socii.

§. 477.

Die gegenseitigen Leistungen der Gesellschafter bestehen in Folgendem: A) Wenn nichts Genaueres verabredet ist, trägt jeder Gesellschafter gleichviel Güter und gleichviel Arbeit zum Zwecke der Societät bei. Durch Verabredung kann aber auch eine andere Theilung des Beitrages bestimmt [1]) werden. Besitzt ein Gesellschafter besondere Geschicklichkeiten, so kann er ohne eigenen darauf gerichteten Vertrag nicht genöthiget werden, sie der Gesellschaft zu widmen; sondern er ist ihr nur die gewöhnliche auf den Zweck des Vereins gehende Thätigkeit schuldig. B) Während des Bestehens der Gesellschaft hat der Theilnehmer die Verpflichtung, ihr die für sie gewonnenen Güter gehörig [2]) abzuliefern. Ob Etwas für die Gesellschaft gewonnen ist, läßt sich bei der societas omnium bonorum leicht entscheiden, wo es sich von selbst verstehet, daß alles Gewonnene auch zum Bereiche des Vereins gehört. Ferner ist, dieß zu entscheiden, leicht beim Erwerbe einer einzelnen Sache, welche insbesondere für die Societät gewonnen werden sollte, oder welche gerade zu der Art des Erwerbes gehört, für welchen die Gesellschaft gegründet ist [3]). In andern Fällen können aber allerdings aus den Umständen große Zweifel entstehen, ob ein erworbener Gegenstand dem Erwerber für sein abgesondertes Vermögen oder ob er dem

1) l. 29. pr. D. pro socio (17. 2.)
2) l. 74. D. pro socio (17. 2.)
3) l. 52. pr. D. pro socio (17. 2.)

Vereine erworben sey. Es entscheidet dann die Absicht des erwerbenden Gesellschafters [1]). Es kommt dabei schlechthin nicht darauf an, ob der Erwerb mit dem Gelde der Societät oder des einzelnen Erwerbers geschieht; denn falls er mit dem Gelde der Societät erwirbt, wird er dieser bloß Entschädigung für den Gebrauch ihres Geldes schuldig, aber er braucht ihr keineswegs das Erworbene [2]) zu überweisen oder abzutreten. — Hat der Theilnehmer für den Verein Gelder eingenommen, so muß er sie abliefern, und wird durch Verzug Zinsen schuldig. Sollte er Gelder der Gesellschaft zu seinem Nutzen verwandt haben, so muß er (selbst abgesehen vom Verzuge) Zinsen als Entschädigung bezahlen [3]). — C) Von Zeit zu Zeit ist der Gesellschafter, wenn er für den Verein Geschäfte geführt und Gelder eingenommen oder ausgegeben hat, demselben Rechnung abzulegen schuldig; wenn indessen darüber nichts Genaueres verabredet ist, so kann sie jeder der andern Gesellschafter zu jeder Zeit fordern, da jeder das Recht hat, sich von dem Stande des Vereins stets in Kenntniß zu erhalten. Gemeiniglich wird aber zur Vermeidung unnützer Wiederholungen eine Bestimmung über die Rechnungsablegung getroffen oder schon durch das Herkommen festgestellt. — D) Schaden, welchen der Gesellschafter dem Vereine durch Nachlässigkeit zugefügt hat, muß er ersetzen, und haftet für jede Fahrlässigkeit in faciendo [4]); was aber culpa in non faciendo oder das Gegentheil der diligentia be-

1) l. 67. §. 1. D. pro socio (17. 2.)

2) l. 4. C. commun. utr. judic. (3. 38.) l. 8. fin. C. si quis alteri vel sibi (4. 50.)

3) l. 60. pr. D. pro socio (17. 2.) l. 1. §. 1. D. de usuris (22. 1.) v. Glück Pand. Bd. 21. §. 1130. S. 34.

4) l. 5. §. 2. D. commodat. (13. 6.) l. 52. §. 2. D. pro socio (17. 2.) l. 23. D. de R. J. (50. 17.)

trifft: so haftet er nur für culpa lata oder [1]) diligentia quam quis suis. Eine allgemeine Ausnahme macht der Fall, daß einem socius ein bestimmter Zweig der Thätigkeit durch einen Auftrag besonders anvertraut war, dann hat er als Mandatar omnem culpam ohne Unterschied zu prästiren [2]). — E) Wenn ein schädlicher Zufall Sachen der Gesellschaft oder eines Gesellschafters trifft: so wird oft ein Zweifel entstehen, ob jene oder dieser den Verlust zu tragen habe. Trifft er eine Sache, welche für die Gesellschaft bestimmt und deren Eigenthum ihr überwiesen ist: so trägt der Verein den Schaden; hatte dieser aber nur den Gebrauch einer eigenthümlich einem der Gesellschafter verbleibenden Sache: so muß dieser, der Eigenthümer, den Zufall tragen [3]). Ist die Sache noch gar nicht zum Gebrauch oder Eigenthume der Societät gekommen: so trifft der Zufall den Gesellschafter allein, welcher sie liefern sollte [4]); jedoch war er ein Individuum zu geben schuldig, das zum Eigenthume der Gesellschaft gemacht werden sollte, und ging dieß Individuum zufällig unter: so wird er dadurch von seiner Verpflichtung frei, d. i. die Gesellschaft trägt in diesem Falle den Zufall. Dieß folgt aus allgemeinen Grundsätzen [5]). — Ist aber der Zufall nur zum Schaden des einzelnen Theilnehmers oder seiner Sachen gewesen, so trägt dieser den Verlust allein; wenn ihn der Zufall jedoch im Geschäfte der Societät trifft und ihn sonst nicht getroffen haben würde [6]): so muß sie ihn

1) §. 9. I. de societat. (3. 26.) l. 72. D. pro socio (17. 2.) Hasse Culpa §. 69. Taxirt an ihn abgelieferte Gegenstände muß der Gesellschafter bewahren (custodiam praestare) l. 52. §. 3. D. eodem.

2) l. 52. §. 2. D. eodem.

3) l. 52. §. 3. l. 58. pr. D. pro socio (17. 2.)

4) l. 58. §. 1. D. cit.

5) Auch ist l. 58. §. 1. D. cit. keineswegs zuwider.

6) l. 52. §. 4. l. 60. §. 1. l. 61. D. pro socio (17. 2.) Wozu schon der Verlust durch In=

schadlos halten. — F) Da überhaupt das Princip gilt, daß der Gesellschafter Alles ersetzt haben müsse, was ihm das Beste des Vereins kostet: so versteht sich, daß aller für sie gemachte Aufwand dem socius ersetzt werden muß; wobei er seine eigene Rata trägt und die andern Theile ihm zu Gute gehen [1]). — Die nähern Bestimmungen hierüber folgen aus den Grundsätzen der nicht aufgetragenen Geschäftsführung (negotiorum gestio); es muß also aller vernünftige Aufwand ersetzt werden, die Societät mag Vortheil davon gehabt haben oder nicht. Der Gesellschafter kann diesen Aufwand sogar mit Zinsen [2]) wieder verlangen, weil er sein Geld zum Vortheile der übrigen Theilnehmer angelegt hat, — ein Gegenstück zu den Zinsen, welche er zahlen muß, wenn er Societätsgelder zu seinem Vortheile verwandt hat. Sollte bei der Erstattung der Verwendungen eines Gesellschafters zum Besten der Gesellschaft sich ein Theilnehmer zahlungsunfähig finden: so muß der Ausfall von den übrigen Theilnehmern gemeinschaftlich getragen werden [3]). — G) Bei einer Gesellschaft, die nicht societas omnium bonorum ist, sorgt die Gemeinschaft nicht für die Bedürfnisse und Schulden des Einzelnen; mithin haftet bloß [4]) sein eigener Antheil für seine Schulden. Eine in der Natur des Verhältnisses gegründete Ausnahme davon tritt ein, wenn die fraglichen

solvenz einzelner Socii gehört. l. 63. §. 5. l. 67. pr. D. eodem.

1) l. 38. §. 1. l. 52. §. 12. 15. D. pro socio (17. 2.) l. 2. C. eodem (4. 37.)

2) l. 67. §. 2. D. pro socio (17. 2.) Stellte er ein gemeinschaftliches Gebäude wieder her, so kann er seine Auslagen mit der höchsten Zinse (d. i. vor Justinian mit 12 p. C.) und nach vier Monaten, wenn ihm nicht bezahlt wurde, das Eigenthum des Gebäudes in Anspruch nehmen. l. 52. §. 10. D. eod. l. 4. C. de aedific. priv. (8. 10.)

3) l. 63. §. 5. l. 67. pr. D. pro socio (17. 2.)

4) l. 39. §. 3. D. famil. herciscund. (10. 2.) l. 82. D. pro socio (17. 2.)

Schulden aus Societätsgeschäften herrühren oder der Gegenstand, für welchen sie contrahirt sind, dem Vereine zu Gute kam (in rem versio)[1]. — Bei einer Particulargesellschaft wird dagegen auch nicht der gesammte Erwerb eines Mitgliedes ohne Unterschied zum Vereinsvermögen geschlagen, sondern bloß diejenigen Erwerbungen, welche dem Zwecke der Gesellschaft gemäß und für sie gemacht sind[2]. Die Contractsfassung muß hier das Genauere angeben; aber jedenfalls bleibt, bis zur Bestimmung des Gegentheils, Regel, daß nur der absichtliche Erwerb, nicht der durch einen Glückszufall gemachte, dem Vereine zu Gute kommt[3]. — Die Klage eines Gesellschafters wegen der Rechte und Pflichten der Gesellschaft gegen andere Mitglieder derselben heißt actio pro socio. — Wegen der Wohlthat der Competenz s. oben §. 394.

III. Erlöschung der Societät.

§. 478.

Der Gesellschaftsvertrag kann aus mannigfaltigen Gründen aufgehoben werden; zunächst wegen Ablaufs der Zeit, auf welche, oder Beendigung des Geschäfts, für welches der Verein verabredet war[4]. Ist aber diese Zeit abgelaufen oder das Geschäft beendiget: so kann eine stillschweigende Fortsetzung des Contracts, wie bei der Miethe, sehr wohl Statt finden, und, jener Beendigung ungeachtet, bleibt das Verhältniß alsdann Societät. — Wenn ein Gesellschaftscontract in Beziehung auf gewisse Gegen-

1) l. 12. l. 82. D. eodem.
2) l. 52. §. 5. 6. D. pro socio (17. 2.)
3) l. 7—11. l. 13. l. 71. §. 1. D. pro socio (17. 2.) l. 45. §. 2. D. de acquirend. vel omitt. hered. (29. 2.)
4) §. 6. I. de soc. (3. 26.) l. 65. §. 10. D. pro socio (17. 2.)

stände oder Besitzthümer der Socii eingegangen worden ist, diese Güter aber dann untergegangen sind: so muß die Societät darunter leiden [1]). Waren die Sachen nur zum Gebrauch in die Gemeinschaft gegeben: so geht der Verein schon mit theilweisem Untergange derselben zu Ende; waren sie zum Eigenthume der Societät geworden: so hört sie erst auf, wenn Alles, worauf sie gegründet war, weggefallen ist [2]). — Eigenthümlich ist die Wirkung des Concurses und des Todes eines Gesellschafters. Geräth eines der Mitglieder in Concurs, so soll von selbst die ganze Gesellschaft zu Ende gehen; ebenso, wenn das Vermögen eines Mitgliedes confiscirt wird [3]). Dieß ist übrigens eine zweckmäßig angeordnete Folge des Umstandes, daß alsdann der Antheil des einen Mitgliedes aus dem Ganzen scharf ausgeschieden werden muß, wobei eine Trennung aller Theilnehmer sehr nahe liegt. Daß die übrigen dann nicht gehindert sind, eine neue Gesellschaft, wenngleich etwa ganz nach den frühern Contractsbestimmungen, einzugehen, versteht sich von selbst. — Aus demselben Grunde macht der Tod eines Gesellschafters der ganzen Gesellschaft ein Ende, es sey der bürgerliche oder natürliche Tod [4]). Jedoch kann im Voraus verabredet werden, daß der Tod eines Mitgliedes der Gesellschaft, das Bestehen derselben unter den übrigen Mitgliedern

1) l. 4. §. 1. l. 63. §. 10. D. eodem.

2) l. 58. pr. D. pro socio (17. 2.)

3) §. 7. 8. I. de soc. (3. 26.) l. 4. §. 1. l. 65. §. 1. 12. D. pro socio (17. 2.)

4) §. 5. I. de soc. (3. 26.) l. 4. §. 1. l. 63. §. 10. l. 65. §. 9. 11. D. pro socio (17. 2.) Die Regel, daß der Tod eines Gesellschafters die ganze Societät beendige, hatte bei den Römern eine Ausnahme in der societas vectigalium. Der Antheil ging auf den Erben über, obwohl der nicht als socius galt. l. 59. pr. l. 63. §. 8. D. pro socio (17. 2.) Cujacius obs. lib. 10. c. 25.

nicht stören solle [1]). Nur soweit kann die Verabredung im Voraus nicht gestellt werden, daß von selbst die Erben eines etwa mit Tode abgehenden Gesellschafters in die Gesellschaft mit eintreten sollten [2]); denn die Gesetze setzen voraus, daß zuviel auf die Person des Gesellschafters selbst ankomme. Indessen versteht sich nicht nur von selbst, daß die Erben des verstorbenen Theilnehmers alle zur Zeit seines Todes schon gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten desselben aus der Gesellschaft mit überkommen, — also namentlich das Miteigenthum des gemeinschaftlichen Vermögens [3]); sondern auch daß die Erben ein vom Erblasser angefangenes Geschäft, das zur Societätsthätigkeit gehört, fortsetzen und zu Ende bringen müssen. Den Erben gebührt ferner ihres Erblassers Antheil an demjenigen Vermögen, das von den übrigen Mitgliedern bis dahin erworben worden ist, daß diese den Tod des Erblassers, ihres Mitgenossen, erfahren haben [4]). — Außer diesen Beendigungsarten der Societät findet nun auch noch die einseitige freie, durch keinen Vertrag ausschließbare, Aufkündigung [5]) von Seiten jedes Socius (selbst stillschweigend) [6]) Statt, sofern keine bestimmte Zeit für die Dauer der Gesellschaft verabredet worden ist [7]). Doch darf die Aufkündigung nicht dolose geschehen, das heißt hier, nicht in der eigennützigen Absicht, um einem bevorstehenden Schaden

1) l. 65. §. 9. D. eodem. §. 5. Inst. eod.

2) l. 35. 37. 52. §. 9. l. 59. pr. D. pro socio (17. 2.)

3) l. 35. 36. 63 §. 8. l. 65. §. 9. D. pro socio (17. 2) l. 3. C. eodem (4. 37.)

4) l. 40. l. 65. §. 10. D. eodem.

5) Roman, einseitiger Rücktritt vom Gesellschaftsvertrage. 1825.

6) Z. B. durch Anfang eines abgesonderten Geschäftsbetriebes. l. 63. §. 10. l. 64. l. 65. pr. D. eod.

7) §. 4. I. de soc. (3. 26.) l. 4. §. 1. l. 63. fin. D. pro socio (17. 2.)

auszuweichen oder einen bevorstehenden Gewinn allein zu ziehen. Wer sich einer solchen Arglist schuldig macht, soll immer noch als Socius verpflichtet seyn, ohne die fernern Vortheile der Societät zu genießen [1]. — Auch soll Niemand zur schädlichen Zeit (intempestive) die Societät aufkündigen, d. i. nicht so, daß seine Aufkündigung selbst eine ausgezeichnet schädliche Wirkung auf die Gesellschaft hätte, was ganz allein nach den Umständen zu beurtheilen ist [2]. — Ist die Societät auf eine bestimmte Zeit eingegangen, so scheint dadurch freie Aufkündigung zwar ausgeschlossen; aber dieß geht nur auf die willkürliche. Eine gerechte Ursache [3]) rechtfertiget auch dann die einseitige Aufkündigung; nur in Ermangelung gerechter Gründe werden die übrigen Theilnehmer frei und der Aufkündiger wird [4]) nicht frei. Derselbe Erfolg tritt ein, wenn ein Theilnehmer in Abwesenheit des andern Mitgliedes aufkündiget; der Aufkündiger bleibt dann dem (dadurch freigewordenen) Aufgekündigten verbunden [5]), bis dieser von der Aufkündigung gehörig unterrichtet ist. — Auch noch nach Aufhebung der Societät dauern deren Folgen, insofern sich die Gesellschafter wegen des aus frühern gesellschaftlichen Vorgängen später erfolgten Gewinnes oder Verlustes berechnen und deßhalb einander, wenn die Umstände es erforderlich machen, bei Beendigung der Societät Caution leisten müssen [6]).

1) §. 4. I. de soc. (3. 26.) l. 65. §. 3. 4. D. pro socio (17. 2.)

2) l. 14. med. l. 17. §. 2. l. 65. §. 5. D. pro socio (17. 2.)

3) l. 14. 15. 16. pr. D. eod.

4) l. 65. §. 6. D. eod. Zu widersprechen scheint l. 14. cit. Allein, wenn man die Gründe, welche die Stelle anführt, näher betrachtet, so sieht man, daß der Jurist mehr gesagt hat, als er wollte. Seine Meinung war nur, zu behaupten, es komme immer auf die Gründe an, sey es daß eine bestimmte Dauer des Vereins verabredet ist oder nicht.

5) l. 17. §. 1. D. eodem.

6) l. 27. l. 28. l. 38. pr. D. eodem.

IV. Theilung der Societätsgüter.

§. 479.

Wenn ein Mitglied auf Theilung der Societätsgüter im Allgemeinen zu dringen Recht hat, so macht er dieß, eben wie seine übrigen Vereinsbefugnisse durch die actio pro socio geltend; ist aber nur von Theilung gemeinschaftlichen Eigenthums die Rede: so kann nur die dazu besonders bestimmte Klage, actio communi dividundo, angewandt werden, weil es hier auf eine richterliche Adjudication ankommt, welche dem Richter nur bei den eigentlichen Eigenthums-Theilungsklagen zustehet [1]). — Die Zeit der Theilung hängt lediglich von der Abrede der Vereinsmitglieder ab. Haben sie darüber, wann sie theilen wollen, keine Abrede getroffen: so müssen sie, da es an einer andern Bestimmung mangelt, am Ende der Societät definitiv theilen, weil erst dann das Schlußresultat berechnet werden kann, indem man den ganzen Verlust dem ganzen Gewinne gegenüberstellt [2]). — Sollte bei der Theilung von Seiten eines Mitgliedes Etwas unberichtiget, also den übrigen Gesellschaftern oder einem von ihnen eine Forderung an dasselbe verbleiben: so muß dieses Sicherheit stellen [3]).

1) l. 1. D. commun. dividund. (10. 3.) l. 43. D. pro socio. (17. 2.) Vinnius, sel. quaest. Lib. I. c. 36.

2) l. 30. D. pro socio (17. 2.) Theilungen in der Zeit vorher können nur Theilungen gemeinschaftlichen Eigenthums seyn, oder vorläufige Abrechnungen auf den künftigen Gewinn nach dem dafür bestimmten Theilungsmaßstabe oder besonderer Verabredung.

3) l. 27. 28. 38. pr. D. pro socio (17. 2.) s. §. 478. am Ende.

V. Verhältniß der Socii gegen Dritte.

§. 480.

Ueber das Verhältniß der Gesellschafter gegen dritte Personen gilt der Grundsatz, daß gegen sie die Gesellschaft als solche in keinem obligatorischen Rechtsverhältnisse steht, falls nicht besondere Gründe vorliegen, aus denen Berechtigung oder Verpflichtung der Gesammtheit zu folgern ist. Die obligatorischen Verbindlichkeiten und Befugnisse der Theilnehmer sind daher nicht die der Societät, so lange diese bestehet, noch gehen sie mit der Societät, wenn diese endiget, unter. Dieß ist zunächst auf die Verpflichtungen der Socii anzuwenden. — Ist aber von Seiten der Gesellschafter selbst gemeinschaftlich ein Geschäft eingegangen: so haften auch Alle. Da jedoch auch dieß nur nach Maßgabe des Antheils [1]) an der Societät gilt, mithin an sich keine Verpflichtung im Ganzen Statt findet, so kann man auch einen solchen Fall nicht als Ausnahme des obigen Princips betrachten. — Es versteht sich daher von selbst, daß, wenn ein Einzelner aus der Gesellschaft eine obligatorische Verpflichtung gegen dritte Personen übernommen hat, er allein (nicht die Gesellschaft) verbunden ist. Sollten freilich die übrigen Vereinsglieder dem Handelnden zu seiner Handlung Auftrag ertheilt haben, entweder speciellen zu diesem einzelnen Geschäfte oder allgemeinen zu den dem Zwecke der Gesellschaft entsprechenden Geschäften; sollte ferner ein solcher Auftrag schon stillschweigend in der Errichtung und dem Sinne der Gesellschaft liegen; oder

1) l. 4. pr. D. de exerc. act. (14. 1.) Pufend. Obs. 4, 24. Sowohl nach Aufhebung, als während der Dauer der Gesellschaft. l. 44. §. 1. D. de aed. edict. (21. 1.) Vergl. übrigens Berger Oeconom. l. 3. l. 5. §. 32. Vol. 5. und Oelze D. quatenus socii ob soc. debit. in solidum teneantur. Helmst. 1784.

sollte endlich das Geschäft zum Vortheile des Vereins ausgefallen seyn (in rem versum): so sind die übrigen Gesellschafter auch als verpflichtet anzusehen [1]). Und zwar haften sie im Falle des ausdrücklichen oder in der Sache liegenden Mandats Alle für Einen und Einer für Alle [2]), ohne daß sie sich der Einrede der Theilung bedienen können; im Falle der versio in rem aber nur, soweit diese reicht und bloß nach Maßgabe ihres Antheils. — Gegen Dritte erwerben die Gesellschafter aus den Geschäften Eines von ihnen Forderung und Klagrechte; aber nur dann wenn das handelnde Mitglied von der Gesellschaft beauftragt war, oder wenn von ihr seine Handlungen hinterher, als für die Gesellschaft geschehen, genehmigt worden, oder endlich (s. unten) bei einer Gesellschaft aller Güter. Wenn ein Mitglied als Geschäftsführer des Vereins handelt und dabei Forderungen gegen Dritte erwirbt: so gehen diese eigentlich nur dann auf die andern Mitglieder nach ihrem Antheile über, sofern der Geschäftsführer sie ihnen cedirt, oder, von ihnen ausgeklagt, sie wegen ihrer Antheile nicht befriedigen kann. Dann sollte jeder Gesellschafter actio utilis [3]) gegen die dritten Verpflichteten anstellen können. Nach den Grundsätzen unserer Praxis wird es aber eines solchen Umwegs, wegen Nothwendigkeit der Cession, nicht bedürfen. Handelten alle Mitglieder beim Contracte mit einem Dritten insgesammt, so erwerben sie auch alle, aber

1) l. 82. D. pro socio (17. 2.)

2) Wenngleich einige oder alle übrigen Gesellschafter insolvent seyn sollten. l. 13. §. 2. l. 14. D. de institor. act. (14. 3.) v. Glück Pand. Bd. 15. S. 466 ff. — l. 2. D. de exercit. act. (14. 1.). — A. M. vergl. Thibaut Syst. §. 885.

3) l. 1. l. 2. D. de institor. act. (14. 3.) l. 13. §. 25. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 5. D. de stipul. praetor. (46. 5.)

immer nur jeder für seinen [1]) Vereinsantheil, sofern dabei nicht Correalität sonst begründet ist.

VI. Einige ausgezeichnete Societäten.

§. 481.

Rechtsgeschichtlich ist, was die societas publicanorum bei den Römern Ausgezeichnetes hatte; doch findet sich im Justinianeischen Rechte davon nur noch die Bestimmung, daß sie auf Erben übergehet [2]), also durch den Tod des Gesellschafters nicht aufhört. — Die bei uns sehr ausgezeichnete und in verschiedenartigen Gestalten gebräuchliche Actiengesellschaft [3]) kommt im Röm. Rechte nicht vor. Die Societäten unter Kaufleuten sind bei uns mannigfaltig; sie haben ihr Eigenthümliches oft aus dem Germanischen Handelsrechte, richten sich aber in den allgemeinen Grundsätzen nach dem Röm. Rechte.

VII. Societas omnium bonorum.

§. 482.

Neben den oben entwickelten Principen der Societät überhaupt hat die **Gemeinschaft aller Güter** unter mehreren Gesellschaftern noch einige besondere Eigenschaften und Folgen. Sie begreift nicht nur alles gegenwärtige, sondern auch das zukünftige [4]) Vermögen, und es ist ganz

1) l. 11. §. 1. D. de duob. reis c. (45. 2.) l. 9. C. si certum petatur (4. 2.)

2) l. 59. pr. D. pro socio.

3) Wohin auch die Gewerkschaften mit ihren Kuxen beim Bergbau gehören.

4) l. 3. §. 1. l. 52. §. 16. l. 73. D. pro socio (17. 2.) Es ist davon jedoch ausgenommen, was ein Mitglied der Gesellschaft durch ein Vergehen erwirbt; der Verein kann keine Ansprüche darauf machen, wenn es noch nicht zur Masse gekommen ist. Sollte es aber schon

gleichgültig, wie dieß erworben wird. Dagegen muß diese Societät auch alle ihre Mitglieder in allen Vermögensverhältnissen vertreten, deren Bedürfnisse befriedigen, seine Familie erhalten, ja sogar seine Schulden bezahlen [1]). Denn der Einzelne hat nichts außerhalb des Vereins. Daher kommt es auch, daß von selbst durch den bloßen Gesellschaftsvertrag bei der societas omnium bonorum alles körperliche [2]) Eigenthum des einzelnen Mitgliedes auf alle übrigen Mitglieder übergehet [3]), so viel sie dessen beim Eingehen des Vertrags gehabt haben. Der nachherige Sachenerwerb muß von dem Einzelnen [4]), welcher ihn macht, der Gesellschaft allerdings erst tradirt werden, ehe er Eigenthum Aller wird. — Zu bemerken ist noch, daß, wenn ein Gesellschafter verschwendet, seine Schulden zwar bezahlt werden müssen, ihm aber bei nachmaliger Aufhebung der Gesellschaft und Theilung der Masse in Abrechnung zu stellen sind, weil er sich als Verschwender in einer von ihm zu tragenden Fahrlässigkeit [5]) befindet. — Freilich müssen diese Schulden auch dann bezahlt werden, wenn sie des Schuldenmachers künftigen Massenantheil übersteigen [6]); welche Bestimmung minder hart erscheint, wenn man bedenkt, daß der Verein zu jeder Zeit von

zugebracht seyn: so wird es gemeinschaftliches Gut der Gesellschaft und das erwerbende Mitglied kann es nicht wieder zurückfordern. l. 52. §. 17. l. 53. l. 54. D. eodem.

1) Wobei es auf geringere oder größere Bedürfnisse der einzelnen Glieder und auf die Größe ihres eingebrachten Vermögens nicht ankommt. l. 5. §. 1. l. 73. D. eodem. Vgl. l. 81. eod. und Cujac. ad lib. 9. Papinian. quaest. in explic. h. l.

2) Forderungen müssen immer cedirt werden. l. 3. pr. D. eodem.

3) l. 1. §. 1. l. 2. D. pro socio (17. 2.) v. Savigny Besitz. §. 27.

4) l. 52. §. 16. l. 74. D. eodem. Wenn der Erwerbende sich weigert zu tradiren, so kann er dazu durch die actio pro socio gezwungen werden.

5) Vergl. l. 52. §. 18. l. 59. §. 1. D. eodem.

6) l. 27. D. eodem.

den Theilnehmern aufgekündiget werden kann. Uebrigens haben Einige irrig gemeint [1]), die vor Eingehung der Gesellschaft gemachten Schulden eines Mitgliedes gehörten nicht zur Masse des Vereins; eine Ansicht, welche sich auf falsche Erklärung einer Pandektenstelle gründete, bei der aber zugleich die Regel übersehen war, daß zum ganzen Vermögen immer auch die Schulden gehören. — Auszuzeichnen ist noch der Fall, daß ein Gesellschafter des Vereins aller Güter aus einem Vergehen belangt wird. Es haftet dann bloß sein Antheil [2]) und die erhobene Klage wird immer eine Ausmittelung desselben zur Folge haben müssen und indirect zur Aufhebung der Gesellschaft führen, wenn diese nicht vorziehet, den geklagten Betrag auf den künftigen Antheil des Beklagten vorzuschießen. Hat derselbe aus dem Delicte Gewinn gezogen, welcher in die Societät geflossen ist: so kann der Beklagte zwar nicht die Sache, aber den Betrag des Vortheils aus der Societät zurückfordern. Haben die übrigen Mitglieder diesen Gewinn wissentlich angenommen: so müssen sie auch die Verurtheilung gemeinschaftlich mit einander tragen [3]). — Jeder socius omnium bonorum behält übrigens freies Dispositionsrecht über seinen demnächstigen Antheil, und die Verpflichtungen und Rechte der Gesellschafter unter einander sind, wie bei dem Societätsvertrage überhaupt. Die einseitige Aufkündigung ist namentlich nicht beschränkt.

1) Argum. l. 27. cit. Die Worte manente societate heißen nicht: „bloß während der Dauer der Gesellschaft, also nicht vorher und nicht nachher;" — sondern es bedeutet: so lange die einmal eingegangene Gesellschaft noch fortdauert, und es ist also von der Zeit vor der Eingehung in dieser Stelle gar nicht die Rede. Bloß die Schulden nach Aufhebung der Gesellschaft sind gemeint.

2) l. 52. §. 18. l. 59. §. 1. D. eodem.

3) l. 54 — 56. D. pro socio (17. 2.)

VIII. Contractus Socidà.

§. 483.

Außer dem, was oben (§. 466.) an passenderer Stelle bereits über den **Contractus Socidà** und das eiserne Vieh beigebracht worden, ist hier nur noch Folgendes zu bemerken: — Es ist keineswegs beim **Contractus Socidà** wesentlich, daß der Ertrag der von einem Contrahenten dem andern überlassenen fruchttragenden Sache unter beiden Contrahenten zu gewissen Antheilen, und in Mangel genauerer Bestimmung zu gleichen Theilen getheilt werde. Indessen kann dieß vorkommen [1]); und unter dieser Voraussetzung findet sich allerdings eine Aehnlichkeit mit dem Gesellschaftsvertrage. Am natürlichsten bleibt, wenn nicht die Fassung des Vertrags überzeugend das Gegentheil an die Hand giebt, die Ansicht des Geschäfts als Pacht. Wenn dann statt Pachtgeldes ein Theil der Früchte verabredet ist (Theilpacht), bei Ländereien colonia partiaria [2]) genannt: so trägt der Pachter die sämmtlichen Kosten des Fruchtgewinnes überhaupt und das Geschäft wird nicht durch Tod oder Kündigungen der Parteien beendiget. Auch kann die Quote der Früchte für den Eigenthümer [3]) wegen eintretender Unglücksfälle nicht verändert werden. — Will man dieß Geschäft als Societät ansehen können: so wird erfordert, daß der Vertrag ohne gezwungene Erklärung einen Verein der Contrahenten zeigt, nach welchem der Eine die zu bewirthschaftende Sache, der Andere die Dienste zum Zwecke gemeinschaftlichen Gewinnes [4]) her-

1) Schilter, exercitat. ad Pand. ex. 31. §. 7—10.

2) l. 25. §. 6. D. loc. cond. (19. 2.) „partiarius colonus, quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur."

3) l. 25. §. 6. cit.

4) l. 52. §. 2. D. pro socio (17. 2.)

giebt, die Kosten der Bewirthschaftung gemeinschaftlich getragen werden, das Verhältniß der Parteien aber durch Tod oder Kündigung aufgehoben wird. Auch bei dieser Form des Geschäfts wird nach allgemeinen Grundsätzen in Ermangelung anderer Verabredung die bewirthschaftende Partei die eine, und die Partei, welche die zu bewirthschaftende Sache hergiebt, die andere Hälfte des Gewinnes oder Verlustes tragen. Da der Bewirthschaftende aber nicht Eigenthümer ist, so erhält er das Eigenthum erst durch Perception der Früchte. — Ueber das eiserne Vieh, einem einzelnen Beispiele der Ueberlassung taxirter vergänglicher Gegenstände zum Zwecke der Benutzung an einen Andern (vgl. §. 430. a, 466. und 477.), ist zu bemerken, daß auch dabei die Ansicht zwischen Pacht und Societät schwankt, sich aber zur Pacht am gewöhnlichsten neigt. Sollte jedoch das Geschäft auch Societät seyn: so hat wegen geschehener Taxation und Ablieferung der Bewirthschaftende custodiam zu leisten [1]).

Viertes Capitel.

Vom Mandat.

I. Begriff des Contractes.

§. 484.

Das Mandat oder der Bevollmächtigungsvertrag ist ein Vertrag, durch welchen der eine Contrahent sich verpflichtet, Geschäfte [2]) des andern unentgeltlich auszurich-

1) l. 52. §. 3. D. pro socio (17. 2.)

2) Ein bereits besorgtes Geschäft kann nicht mehr aufgetragen werden. l. 12. §. 14. D. mand. (17. 1.)

ten [1]). Der Bevollmächtigende heißt Principal, Gewaltgeber, mandans oder mandator, der Bevollmächtigte Mandatar oder procurator. Der Mandant giebt also einen Auftrag an den Mandatar, welchen dieser annimmt; darin besteht die Uebereinkunft dieses Geschäftes. Ein Auftrag ist aber mehr, als ein bloßer Rath. Ein Rathertheilender giebt lediglich dadurch, daß er den Rath ertheilt, noch keinen Auftrag; eben so wenig können Empfehlungen oder Zureden dem Auftrage [2]) gleichgestellt werden oder den Rathenden und Empfehlenden verbindlich [3]) machen. — Nicht jeder Auftrag aber ist im Stande, diesem Contracte zum Grunde zu liegen; es muß vielmehr ein Auftrag nur zu anständigen und erlaubten Handlungen seyn [4]), — widrigenfalls der Vertrag nichtig ist. — Das mandatum post mortem mandantis war schon bei den Römern, das mandatum post mortem procuratoris ist erst bei uns zulässig [5]). — Die Unentgeltlichkeit der Uebernahme des Geschäftes auf Seiten des Mandatars ist wesentlich; bedingt er sich irgend Etwas als Entschädigung aus: so geht der Vertrag in ein anderes [6]) Geschäft, z. B. in Miethe, über. Man sieht es aber nicht als einen Widerspruch gegen diesen Grundsatz an, daß hinterher ein Honorar oder Ehrensold als ein belohnendes Geschenk [7]), und

1) l. 1. §. 13. I. de mandato (3. 27.) l. 1. pr. §. 4. D. mandati (17. 1.) Donell. comm. jur. civ. l. 13. c. 10. §. 1—3.

2) l. 12. §. 12. D. eodem. l. 2. D. de proxeneticis (50. 14.) l. 13. med. C. quod cum eo qui in alien. potest. (4. 26.)

3) Ausgenommen, wenn der Rathertheilende oder Empfehlende dolose handelte, l. 2. D. de proxen. (50. 14.), oder durch Amt oder als Kenner zur Rathertheilung verpflichtet war. l. 2. D. quod quisque jur. in alt. (2. 2.)

4) l. 7. I. de mand. (3. 27.) l. 6. §. 3. l. 22. §. 6. D. mand. (17. 1.)

5) l. 1. §. 4. l. 12. §. 17. l. 13. D. eodem. Vgl. Gajus, 3, 158.

6) §. 13. Inst. de mand. (3. 27.) l. 1. §. 4. D. eod.

7) l. 6. pr. D. eodem.

zwar selbst nach einer obrigkeitlich gesetzten Taxe gegeben werde; besonders bei wissenschaftlichen oder künstlerischen Leistungen. Das den Maklern (solchen Personen, deren man sich zur Ausrichtung von Geschäften als seiner Zwischenhändler bedient) gegebene Honorar heißt proxeneticum. — Damit der Auftrag die Grenzen der bloßen Rathertheilung wirklich überschreite, muß er nicht allein für den Mandatar [1]) ein Interesse haben, sondern auch ein anderes entweder für den Mandanten allein, oder für den Mandanten und den Mandatar. Ob der Mandant sich dann dabei wesentlich oder nebenher noch für Dritte [2]) interessirt, macht im Begriffe des Mandatsvertrags keinen Unterschied. Hat der Mandant für seine eigene Person gar kein Interesse, entfernteres oder näheres, bei dem Auftrage: so findet [3]) der Vertrag nicht Statt. — Wenn der Auftrag bloß im Interesse des Mandatars geschah: so war es lediglich eine Rathertheilung und bringt keinen Mandatsvertrag mit dessen Folgen hervor [4]). Sollte jedoch der Mandant bei einem solchen Rathe ausdrücklich die Gefahr des Ergebnisses übernehmen: so haftet er soweit, als diese versprochene Uebernahme gehet [5]). Auch soll der Man-

Uebrigens war auch dann nicht die Mandatsklage, sondern nur eine cognitio extraordinaria zulässig. v. Glück Pand. Bd. 15. §. 955. S. 286 ff. Tit. Pandect. de proxeneticis (50. 14.)

1) Wozu auch das in Rücksicht eines unbestimmten Dritten gehört. §. 6 Inst. de mand. (3. 27.)

2) l. 2. pr. §. 1—5. D. mand. (17. 1.)

3) l. 8. §. 6. D. mand. (17. 1.) Die l. 6. §. 4. D. eodem scheint zu widersprechen, aber daß dabei der Mandant doch wohl hinterher ein Interesse erhalten habe, widerstreitet den Worten nicht, und scheint selbst aus dem Imperfect *intererat* gefolgert werden zu müssen.

4) l. 2. pr. §. 6. l. 48. §. 2. D. eodem, wo übrigens ut *tibi* quemvis fundum emas gelesen werden muß, nicht mihi. And. M. ist Neustetel Verbindlichkeit des Rathgebers ꝛc. im Archiv für civ. Praxis II. Abh. 4. §. 3. u. Not. 1.

5) l. 12. §. 13. D. eod.

dant jedenfalls dem Andern zu Tragung der Gefahr verhaftet seyn, wenn der Mandatar ohne Jenes Auftrag oder Rath und Zureden das Geschäft nicht übernommen hätte, also einzig und allein durch den Auftrag dazu bewogen wurde [1]). — Die Assignation (s. §. 488.) ist eine Art des Mandats. Man kann auch sehr richtig das Depositum für eine Art des Mandats ansehen, obwohl es nach eigenen Grundsätzen ausgebildet ist. — Unter einfachem Mandat versteht man jedes, das nicht qualificatum ist, und mit dem Ausdrucke mandatum qualificatum bezeichnet man den Auftragscontract, durch welchen der Mandatar bevollmächtiget oder angewiesen wird, einem bestimmten Dritten Etwas zu creditiren [2]). Es entsteht dadurch für den Mandanten eine der Bürgschaft gleiche Verpflichtung (s. §. 514.). — Wenn der Mandatar das Geschäft des Mandanten zu seinem eigenen (des Mandatars) Vortheile übernimmt: so heißt er procurator in rem suam (s. §. 495.). — Eingegangen wird der Mandatsvertrag bloß durch Uebereinstimmung beider Theile; es bedarf mithin zur Vollendung des Contractes weder einer schriftlichen Fassung des Vertrags, noch (was davon eigentlich verschieden ist und bloß zur Legitimation des Bevollmächtigten dienen soll) einer schriftlichen Vollmacht, aus deren Gebrauch man auf Existenz des Vertrags zurückschließt [3]). Auch stillschweigende Einigung der Contrahenten ist nicht ausgeschlossen. Das Röm. Recht rechnet dahin, wenn Jemand eines Andern Geschäfte besorgt und dieser wissentlich dazu stillschweigt [4]). — Um

1) l. 6. §. 5. l. 32. D. eod. §. 6. fin. Inst. de mandato (3. 27.)

2) Z. B. l. 6. §. 4. D. mand. (17. 1.)

3) l. 1. pr. §. 1. D. eodem.

4) l. 6. §. 2. l. 18. l. 53. D. eod. l. 60. D. de R. J. (50. 17.) l. 6. Cod. mandati (4. 35.) l. 12. D. de evict. (22. 2.)

sich dem Mandanten verpflichten zu können, muß der Mandatar das zu Verträgen überhaupt erforderliche Alter erreicht haben; aber um im Geschäfte des Mandanten mit Dritten Jenen zu vertreten, bedurfte der Mandatar nach Römischem Rechte bei außergerichtlichen Geschäften nur das Alter von sieben, bei gerichtlichen das von siebzehn Jahren [1]); nach kanonischem Rechte [2]) muß er bei jenen 17, bei diesen 25 Jahr alt seyn.

II. Verbindlichkeiten aus dem Mandat.

A. Des Beauftragten.

§. 485.

Der Mandatar hat im Allgemeinen dreierlei Hauptpflichten, auf deren Erfüllung gegen ihn mit der actio mandati directa geklagt werden kann; diese sind: die Ausrichtung des übertragenen Geschäfts, die Rechnungsablegung und der Schadensersatz wegen einer Fahrlässigkeit. — Bei Ausrichtung [3]) des Geschäftes muß sich der Beauftragte genau an die Gränzen seines Auftrags halten, und hat er diese überschritten, so braucht der Mandant die Ueberschreitung [4]) nicht für sich gelten zu lassen. Manchmal fehlt es an einer bestimmten Angabe der einzelnen Schritte in dem aufgetragenen Geschäfte; alsdann soll der

l. 38. §. 1. D. de donat. int. v. et u. (24. 1.) l. 16. D. de SC. Mac. (14. 6.) Clement. 1. de procur. (1. 10.)

1) l. 3. §. 11. D. de min. (4. 4.) l. 7. §. 2 D. de instit. act. (14. 3.) §. 5. I. quib. ex caus. manum. n. lic. (1. 6.) Cujac. obs. lib. 22. c. 16.

2) c. 5. §. 2. de proc. in VI. (1. 19.)

3) l. 22 §. 11. l. 27. §. 2. D. mand. (17. 1.) Auch gegen den Bevollmächtigten selbst kann in seinem Auftrage ein Geschäft liegen; diesem kann er sich dann nicht entziehen. l. 31. D. eod.

4) §. 8. I. de mand. (3. 27.) l. 5. pr. — §. 4. l. 41. D. eod.

Beauftragte nach Billigkeit und Vernunft und dem wahrscheinlichen Sinne des Principals handeln [1]), und er darf in einem solchen Falle alles dasjenige thun, was er als ein nothwendiges Mittel [2]) zu dem ihm aufgegebenen Zwecke erkennt. — Die bei diesem Contracte geltenden Grundsätze der Billigkeit [3]) bewirken selbst, daß, wenngleich der Mandatar nicht das ihm Aufgetragene, sondern nur etwas ganz Aehnliches verrichtet hat und dieses gut ausgefallen ist, der Mandant das Geschäft [4]) anerkennen muß. Dieß gilt sogar dann, wenn das geschehene Aehnliche einen schlimmen Ausgang gehabt hat, und der Bevollmächtigte beweiset, daß das eigentlich Aufgetragene den nämlichen schlimmen Ausgang gehabt haben würde; wenn aber die Befolgung des eigentlichen Auftrags, vernünftiger Beurtheilung nach, besser ausgefallen seyn würde: so ist der Mandatar dem Mandanten zum Ersatze des Schadens verbunden, weil, wenn auch ein unglücklicher Zufall den schlimmen Erfolg herbeigeführt haben sollte, die Abweichung von dem eigentlichen Auftrage doch zugleich die veranlassende Schuld davon ist. — Sonst steht im Allgemeinen der Bevollmächtigte für den Erfolg des übernommenen Geschäftes, nach angewandter gehöriger Sorgsamkeit, nie ein [5]). Uebrigens steht dem Mandatar frei, mit Ausnahme des Auftrags zur Führung eines Processes und des zu

1) l. 46. D. eod. Besonders soll er das Geschäft nicht unvollendet lassen, wenn er es einmal angefangen. l. 36. §. 3. D. eod. Bei veränderten Umständen soll er sich neue Instruction geben lassen. l. 38. pr. D. de solut. (46. 3.)

2) l. 56. l. 62. D. de proc. (2. 2.)

3) Diese bewirkt auch, daß eintretender Umstände wegen der Mandatar von der Ausführung des Auftrages ganz befreiet wird. l. 23—25. D. mand. (17. 1.)

4) l. 45. §. 4. D. mand. (17. 1.)

5) Kann er den Zweck des Geschäfts nicht erreichen, so soll er dieß baldigst dem Mandanten anzeigen. l. 27. §. 2. mand. (17. 1.)

Abschließung eines Ehevertrags oder wo sonst auf persönliche Fähigkeiten des Bevollmächtigten wesentlich gesehen worden ist, sich einem [1]) andern Mandatar zu substituiren. Aber der Substitut ist dem Mandanten nicht unmittelbar verpflichtet, sondern dieser kann sich stets nur an den ersten Mandatar halten. In Beziehung auf den Principal ist der Substitut nicht als Bevollmächtigter, sondern bloß als negotiorum gestor zu betrachten; denn er ist nur des Mandatars Mandatar. Dieß entspricht dem allgemeinen Grundsatze, daß kein Contrahent mit einer fremden Person einseitig seine Stellung im Vertrage vertauschen kann. — Der Mandatar muß seinem Gewaltgeber Rechnung ablegen [2]); jedoch bildet der Fall hievon eine Ausnahme, daß der Beauftragte procurator in rem suam ist. Verbunden mit der Rechnungsablage ist die Herausgabe der Hauptsache [3]), sowie der Früchte und Zinsen; desgleichen die Abtretung derjenigen [4]) Klagen, welche vom Bevollmächtigten für den Mandanten erworben sind. Uebrigens hat der Mandatar ein Retentionsrecht an allen beim Geschäfte in seine Hände gekommenen Sachen des Mandanten, bis dahin daß dieser seine Verpflichtungen (s. folgenden §.) erfüllt hat. — Aber gar nicht herauszugeben braucht der Bevollmächtigte einen bloß zufällig beim Geschäfte ihm zugeflossenen Vortheil, oder ein dabei

1) l. 8. §. 3. D. mand. (17. 1.) c. 9. VI. de proc. 1. 19. Thibaut, Versuche Thl. 2. Nr. 6.

2) l. 8. §. 9. 10. l. 20. pr. D. eod.

3) l. 10. §. 2. 3. 9. l. 59. §. 1. D. eod. Jedoch mit Ausnahme derjenigen Zinsen, welche er, bei Ausleihen von Capitalen des Principals auf eigene Gefahr, und ohne daß er zum Ausleihen verpflichtet war, gezogen hat. l. 20. pr. l. 43. 45. pr. §. 5. D. eod. Donell. comm. j. c. XIII. c. 11. §. 6. sequent.; et idem ad Cod. 4. 35. l. 11.

4) l. 43. l. 45. pr. §. 5. D. eod. l. 49. fin. D. de acq. vel am. poss. (41. 2.)

erhaltenes Geschenk, welches der Geber für den Mandatar persönlich bestimmte[1]). Will aber der Schenker für das abgeschlossene Geschäft selbst dankbar seyn, so gebührt das Geschenk dem Mandanten. — Der Bevollmächtigte haftet für jede Fahrlässigkeit[2]) und es ist eine unrichtige Theorie, dieß deßwegen zu verneinen, weil von dem Geschäfte im Wesentlichen nur der Mandant und nicht der Mandatar Vortheil hat. Es versteht sich von selbst, daß zur schlechten Ausrichtung[3]) des aufgetragenen Geschäfts auch die gänzliche Versäumung desselben gezählt[4]) wird. Sollte aber, während der Bevollmächtigte das Geschäft versäumte, ein Anderer es gut verrichtet haben, so ist der Mandatar von Verbindlichkeit frei, weil der Mandant alsdann kein Interesse mehr gegen den Mandatar geltend machen[5]) könnte. Sind von dem Beauftragten entweder wegen Verzug in der Annahme oder aus andern Gründen Früchte und Zinsen versäumt, und zwar in Verhältnissen, in denen der Gewaltgeber auszuleihen, oder seine Capitale rc. anzulegen pflegte: so haftet der Mandatar dafür; und hat er Geld zu seinem eigenen Nutzen verwandt[6]): so muß er die größten in der dasigen Gegend üblichen Zinsen

1) l. 10. §. 13. l. 12. pr. D. mand. (17. 1.) Struben R. B. Thl. 4. B. 173.

2) l. 13. l. 21. C. mand. (4. 35.) Hasse Culpa §. 92—94. S. 474 ff. Daß die Erben nur wegen dolus und culpa lata haften, hat wenigstens die Analogie für sich (s. unten §. 589. 750. und Schweppe Rechtsgeschichte §. 312.)

3) l. 10. C. de procuratorib. (2. 13.) l. 9. C. mand. (4. 35.)

4) l. 5. §. 1. l. 6. §. 1. l. 8. §. 10. l. 27. §. 2. D. mand. (17. 1.) l. 5. 11. 16. c. eod. (4. 35.)

5) l. 8. §. 6. D. eod.

6) l. 10. §. 3. l. 12. §. 10. D. eod. l. 13. §. 1. D. de usur. (22. 1.) v. Glück Pand. Bd. 15. §. 955. S. 294. — Soldaten, deren Mandatare so gehandelt haben, sollen von dem Rechte Gebrauch machen können, die von dem veruntreueten Gelde belegten Capitale oder die damit erworbenen Sachen sich anzueignen.

dafür entrichten. Dagegen braucht der Beauftragte den Zufall, wenn er ihn nicht besonders übernommen [1]) hat, nicht zu tragen, und auch für das Verfahren seines Substituten alsdann nicht zu haften, wenn er denselben mit Sorgfalt ausgewählt hat. Er cedirt mithin alsdann dem Mandanten nur die Klage [2]) gegen den Substituten. — Handeln mehrere Mandatare gemeinschaftlich für einen Auftrag, welchen sie übernommen hatten: so haften sie Einer für Alle und Alle für Einen [3]) auf das Ganze; es steht ihnen auch die Einrede der Theilung nicht zu.

B. Des Mandanten.

§. 486.

Dem Gewaltgeber liegt im Allgemeinen nichts weiter ob, als den Geschäftsführer, sofern dieser durch die Besorgung der aufgetragenen Angelegenheiten, Schaden gehabt haben sollte, zu entschädigen; dem Letztern steht darauf gegen den Mandanten die actio mandati contraria zu, bei welcher mehrere Mandanten, ohne die Einrede der Theilung gebrauchen zu können, solidarisch haften [4]). — Insbesondere geht diese Verpflichtung des Mandanten zunächst auf die Erstattung aller Auslagen des Mandatars mit Zinsen [5]); und zwar letztere nicht bloß aus dem Verzuge, sondern auch als Entschädigung für die vom Bevollmächtigten entbehrte eigene Nutzung, soweit sie nach richterlichem Ermessen billig gefunden werden. Auf den guten [6]) Ausgang

1) l. 39. D. mand. (17. 1.) l. 13. C. eod. (4. 35.)

2) l. 21. §. 3. D. de negot. gestis (3. 5.)

3) l. 60. §. 2. D. mand. (17. 1.)

4) l. 59. §. 3. D. mand. (17. 1.)

5) l. 10. §. 9. l. 12. §. 9. l. 16. l. 29. pr. l. 56. §. 4. mand. (17. 1.) l. 1. l. 20. §. 1. C. eod. (4. 35.)

6) l. 41. l. 56. §. 4. D. eod. l. 4. C. eod.

des Geschäftes kommt es dabei nicht an, falls der Mandatar nur in den Grenzen seines Auftrags sich gehalten hat. Hat er sie überschritten, so kann er dennoch, soweit sie als nicht-überschritten anzusehen sind, die Entschädigung verlangen, wenngleich dieser Punct im ältern Röm. Rechte streitig war [1]). Wenn aber vom Bevollmächtigten nicht etwa die Grenzen des Auftrags bloß überschritten, sondern Handlungen, welche dem Auftrage widersprechen (contra mandatum), vorgenommen sind: so hat er gar keinen Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen. Waren seine Schritte nicht contra mandatum, sondern nur über dasselbe hinaus, eigentlich solche, welche nicht im Mandate enthalten sind (praeter mandatum): so kann er Erstattung seiner Auslagen mit der actio negotiorum gestorum verlangen [2]). — Außer dem Ersatze der Auslagen ist der Gewaltgeber dem Mandatare noch zur Abnahme der für jenen übernommenen Verbindlichkeiten schuldig [3]) („ihn der Bürden des Rechts zu entheben"); es sey denn, daß gerade das Mandat auf die völlige Uebernahme dieser Verbindlichkeiten und Beendigung der übernommenen Pflichterfüllungen ging. Dann kann der Mandatar [4]) nicht früher als bis am Ende des übernommenen Geschäfts verlangen, daß er der rechtlichen Verhältnisse enthoben werde, die er für den Gewaltgeber übernommen hat. — Sollte der Beauftragte bei Führung des Geschäftes seines Principals mit einem Dritten, von diesem Dritten eine Verbindlichkeit erlassen oder eine Leistung unentgeltlich bekommen ha-

1) §. 4. I. de mand. (3. 27.) l. 3. §. 2. l. 4. l. 33. D. eod. Schweppe Rechtsgesch. §. 312.

2) Vinnius Comm. ad §. 8. Inst. de mendato (3. 27.) Nr. 5. et 6.

3) l. 45. pr. §. 2. 3. 5. D. mandati (17. 1.)

4) l. 45 §. 1. D. eod. l. 10. C. mand. (4. 35.)

ben, und dieß in Bezug auf die Person des Mandatars geschehen seyn: so hat Letzterer deßhalb einen Anspruch an den Mandanten, als ob er an den Dritten wirklich gezahlt hätte [1]). — Der Mandant ist schuldig, allen durch seine Fahrlässigkeit dem Bevollmächtigten zugefügten Schaden zu ersetzen; trifft des Letztern Sachen aber ein Zufall, so ersetzt diesen Niemand [2]).

III. Aufhebung des Mandats.

§. 487.

Der Mandatscontract erlischt durch alle Arten der Erlöschung der Verträge überhaupt; es sind aber hier insbesondere der Tod des Gewaltgebers, der des Bevollmächtigten, der Widerruf des Auftrags und die Aufkündigung auf Seiten des Beauftragten zu betrachten. — Der Tod des Principals bewirkt, daß ohne Weiteres von selbst das Verhältniß des Mandatscontractes unter den Parteien [3]) aufgehoben ist. Sollte aber der Mandatar procurator in rem suam gewesen und ihm die Klage, welche er gegen einen Dritten anstellen sollte, vom Gewaltgeber noch nicht cedirt, derselbe vielmehr vorher verstorben seyn: so kann der procurator in rem suam die Klage dennoch als actio utilis anstellen [4]). Auch bestehet das Verhältniß nach dem Tode des Mandanten bei einem Auftrage zur Proceßführung, wenn die Vollmacht zugleich für die Erben des Gewaltgebers ausgestellt worden ist [5]). — Es giebt auch Aufträge, welche ihrem eigenthümlichen Inhalte zufolge

1) l. 12, §. 13 l. 13. pr. l. 26. §. 3. D. eod. Pufendorf Tom. 4. obs. 141.

2) l. 26. §. 6. 7. D. eod. l. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2)

3) l. 26. pr. D. mand. (17. 1.) l. 15. C. eodem (4. 35)

4) l. 1. C. de O. et A. (4. 10.)

5) R. A. v. 1654. §. 99.

erst nach dem Tode des Principals erfüllbar sind. Ist dieß eine wesentliche Eigenschaft des Auftrags: so erlischt er durch den Tod des Gewaltgebers nicht [1]). Wenn die Ausführbarkeit nach dem Tode desselben aber nicht eine wesentliche Eigenschaft des Auftrags ist: so erlischt er mit dem Ableben des Mandanten, wenngleich im Contracte gesagt seyn sollte, das Aufgetragene möge erst nach diesem Zeitpuncte geschehen [2]); eine Annahme, welche mit den allgemeinen Grundsätzen übereinstimmt. — Wenn das Ableben eines Mandanten seinem Mandatare nicht bekannt geworden, das Geschäft also von ihm fortgesetzt ist: so gebührt dem Bevollmächtigten die Behandlung und Entschädigung in demselben Maße, wie wenn der Gewaltgeber noch lebte [3]). Wenn ihm dann noch Schuldner des verstorbenen Mandanten bezahlt haben [4]), so werden sie frei; aber die Handlungen des Mandatars sind im Uebrigen keineswegs rechtsgültig, denn der Auftragscontract ist erloschen [5]). — Der Tod des Beauftragten endigt das Mandat ebenfalls und die Erben desselben brauchen es nicht zu übernehmen,

1) l. 12. §. 17. l. 13. D. mand. (17. 1.) l. 18. §. 2. D. de mort. caus. donat. (39. 6.)

2) l. 108. D. de solut. et liberat. (46. 3.) J. Cocceji D. de mandato ad hered. transeunte (Exercit. curios. T. II. Nr. 54.) Veral. ab. Zimmern üb. d. n. des Mandanten Tod zu vollz. Auftrag; im Archiv f. civ. Prax. IV. 19.

3) §. 10. I. de mand. (3. 27.) l. 26. pr. l. 58. pr. D. mand. (17. 1.) l. 19. §. 3. D. de donat. (39. 5.)

4) l. 26. §. 1. D. mand. (17. 1.) l. 41. D. de rebus credit. (12. 1.)

5) l. 41. D. cit. verb. „nam etsi tibi“ — l. 2. §. 6. D. de donat. (39. 5.) l. 15. § 1. D. qui et a quibus manum. (40 9.) Böhmer Rechtsfälle Thl. 2. N. 126. Nur müssen diejenigen Handlungen des Mandatars dann noch als gültig angesehen werden, welche juristisch nothwendige Folgen schon bestehender Rechtsgeschäfte sind; z. B. Tradition schon veräußerter Sachen. l. 33 D. de acq. vel am. poss. (41. 2.) Gesterding alt. und neue Irrthüm. d. Rgelehrt. N. VI, 2. §. 4.

müssen aber ein angefangenes Geschäft vollenden [1]); der Mandant braucht seinerseits aber auch für die Handlungen, welche die Erben seines Beauftragten in den Geschäften des Mandats etwa vornehmen, nicht einzustehen [2]). Der procurator in rem suam macht auch hier eine natürliche Ausnahme. Wenn er stirbt, ohne das Geschäft, welches als das seinige anzusehen ist, angefangen oder beendiget zu haben: so können es seine Erben ausrichten [3]). — **Widerruft** (revocat) der Gewaltgeber die Vollmacht, so erlischt der Auftrag [4]). Auch hier muß der Mandatar, welcher den Widerruf nicht kannte (wie bei dem ihm unbekannt gebliebenen Tode seines Principals), für die bis zur Bekanntwerdung gemachten Verwendungen entschädigt werden [5]); seine Handlungen für den Mandanten gelten aber rechtlich [6]) nicht; doch werden auch hier die mit dem Widerruf unbekannten, bezahlenden Schuldner frei. Gegen den procurator in rem suam kann der Principal nicht widerrufen [7]), weil des Erstern Interesse bei der Sache das des Letztern überwiegt. — Ein gültiger Widerruf kann übrigens auch stillschweigend geschehen [8]), wenn man einen neuen Mandatar bestellt und diese Bestellung die des frühern vermuthlich ausschließt; oder wenn man

1) Arg. l. 40. D. pro socio (17. 2.) l. 1. pr. D. de fidej. tut. (27. 7.)

2) l. 27. §. 3. l. 57. D. mand. (17. 1.) Die l. 57. ist zwar übrigens verdorben, aber vorliegender Fall ist klar darin entschieden. §. 10. I. de mand. (3. 27.)

3) l. 33. C. de donat. (8. 54.)

4) §. 9. I. de mand. (3. 27.) l. 12. §. 16. D. mand. (17. 1.)

5) l. 15. D. eodem.

6) §. 9. Inst. de mand. (3. 27.) l. 12. §. 16. D. mand. (17. 1.) l. 7. D. de divort. et repud. (24. 2.) l. 15. §. 1. D. qui et a quibus manum. (40. 9.) c. 9. in VI. de proc. (1. 19.)

7) l. 25. fin. l. 55. D. de proc. et def. (3. 3.)

8) l. 31. §. 2. D. eodem. c. 14. X. de procurator. (I. 38.) Thomasius, D. de revocat. tacita mandati judic. (Diss. academ. Tom. III. Nr. 107.)

das Geschäft selbst besorgt [1]). — Kündigt der Bevollmächtigte auf (renunciat), so muß, damit die Wirkung des Erlöschens der Mandatsverhältnisse folge, diese Aufkündigung nicht zur Unzeit, d. i. in einer Lage der Sachen und einer Zeit geschehen, daß noch ein anderer Mandatar bis zu einem nächsten erforderlichen Geschäftsacte bestellt werden kann; auch muß sie dem Mandanten sogleich angezeigt werden [2]).

IV. Assignation.

§. 488.

Ein im Römischen Rechte gar nicht besonders erwähntes Mandat ist die Assignation. Sie besteht in einem Bevollmächtigungsvertrage, durch welchen Jemanden der Auftrag ertheilt wird, an einen Dritten, welcher Gläubiger des Beauftragenden ist, Zahlung zu leisten. Man nennt den Anweisenden oder Beauftragenden den Assignanten, den Beauftragten den Assignaten und den Gläubiger, welcher die Zahlung von dem Assignaten in Empfang nehmen soll, den Assignatar [3]). Eigentlich trifft hier ein doppeltes Mandat zusammen, das eine an den Assignaten, daß er an den Assignatar für den Assignanten Zahlung leisten möge, und das andere an den Assignatar, daß er, anstatt von dem Assignanten seine Zahlung zu erwarten, sie von dem Assignaten in Empfang nehmen solle, wobei der Assignant die Kosten der Einkassi-

1) c. 8. in VI. de proc. (1. 19.)

2) §. 11. I. de mand. (3. 27.) l. 22. §. 11. l. 23. l. 25. l. 27. §. 2. D. mand. (17. 1.)

3) Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. §. 19. S. 216 ff. Ein Beispiel enthält l. 34. pr. D. mand. (17. 1.)

rung und den Schaden der etwa nicht erfolgten Zahlung [1]) tragen muß. Manchmal ist der Assignat auch schon der Schuldner des Assignanten. In diesem Falle wird die Assignation beinahe zur Cession, indem der Assignant seine Forderung und Klage gegen den Assignaten an den Assignatar abzutreten scheint. Allein bei der Cession liegt das Hauptgeschäft zwischen dem Cedenten und Cessionar und der abgetretene Schuldner braucht davon nicht einmal zu wissen; dagegen bei der Assignation liegt das Hauptgeschäft zwischen dem Assignanten und dem Assignaten, indem Letzterer beauftragt wird, dem Assignatar, der davon benachrichtigt werden muß, Zahlung zu leisten. — Assignation ist aber noch keine Zahlung, d. h. der Assignant wird von der Forderung des Assignatars nicht eher frei, als der Assignat wirklich gezahlt hat. Wollte man annehmen, daß durch bloße Zustellung der Assignation der Assignant seine Forderung bei dem Assignatar tilgte: so müßte man eine Novation derjenigen Forderung annehmen, welche der Assignant gegen den Assignaten hat; denn es wäre alsdann die Schuld des Assignaten in Beziehung auf den Assignanten getilgt und statt derselben eine neue von Seiten des Assignaten an den Assignatar entstanden. Novationen können aber nicht ohne eine ausdrückliche Erklärung vorgenommen werden, wenn also der Assignat die Zahlung verweigert, so kann der Assignatar seinen Regreß immer wieder an den Assignanten nehmen. — Da auch der Assignatar als Bevollmächtigter des Assignanten anzusehen ist, so muß er diesem allen Fleiß leisten. — Weil der Begriff des Mandats diesem ganzen Geschäfte zum Grunde

1) Uebrigens braucht der Assignatar bloß zur Zahlung aufzufordern, zu gerichtlicher Ausklagung ist er nicht verbunden. Hagemann Erörterungen. Bd. 7. S. 36.

liegt, so folgt, daß der Assignat, selbst wenn er Schuldner ist, die Anweisung annehmen oder ablehnen kann; ja sogar, obgleich er schon dem Assignanten versprochen hatte zu zahlen, kann er doch dieses Versprechen wieder zurücknehmen, wenn es nur nicht zur Unzeit geschieht, denn Aufkündigung des Auftrags steht jedem Mandatare frei. Hat der Assignat aber das Zahlungsversprechen schon dem Assignatar geleistet: so ist er dadurch dessen Schuldner geworden und kann als solcher die Schuld nicht einseitig aufkündigen. — Auch [1]) dem Assignanten steht es frei, seine ausgestellte Anweisung zurückzurufen; denn obgleich der Assignatar als procurator in rem suam anzusehen ist, so besteht doch das Hauptgeschäft zwischen dem Assignanten und Assignaten, und jener kann diesem die Zahlung noch immer untersagen, so lange der Assignat sie dem Assignatar noch nicht versprochen hat. — Durch die wirkliche Zahlung wird der Assignant frei von der Schuld gegen den Assignatar. War der Assignat auch Schuldner des Assignanten; so wird auch er gegen den Assignanten frei, selbst wenn er die Zahlung nach dem ihm unbekannt gebliebenen Tode des Assignanten geleistet haben sollte; denn er muß dabei als Mandatar für die zweckmäßige Auslage schadlos gehalten werden [2]). War der Assignat aber nicht Schuldner des Assignanten: so hat Ersterer durch die Zahlung an den Assignatar doch die actio mandati contraria gegen den Letztern auf Erstattung.

1) l. 106. D. de solut. (46. 3.)

2) l. 64. D. de solut. (46. 3.) l. 26. §. 1. D. mand. (17. 1.)

V. Dispositionsrecht des Procurators.

§. 489.

Obgleich das alte Röm. Recht die Repräsentation eines Rechtssubjectes durch eine andere freie Person kaum kannte: so wurde sie doch nach und nach gestattet und von dem frühern Verbote derselben blieben nur noch wenige Spuren übrig. Jetzt können [1]) in der Regel alle Rechte und Geschäfte durch Stellvertreter des eigentlichen Subjectes ausgeübt werden, ohne daß im Ganzen die Handlungen des Stellvertreters für den Vertretenen eine andere Rechtswirkung hätten, als wenn der Principal [2]) selbst handelte; nur wenn der Procurator seine Vollmacht überschritten hat, braucht der Mandant dieß nicht für sich gelten zu lassen [3]), wie auf der andern Seite ihm dagegen die Nachlässigkeit des Mandatars schadet. Das Dispositionsrecht eines Procurators geht regelmäßig nie so weit, daß er von [4]) Rechnungsablage frei wäre, wobei der procurator in rem suam die bekannte Ausnahme macht (s. §. 485. §. 495.). Außerdem aber kommt es auf den Inhalt des Auftrages an, um die Grenzen des Dispositionsrechtes, welches dem Mandatare gegeben worden ist, nachzuweisen. Zu einem procurator omnium bonorum, d. i. dem das Dispositionsrecht in allen Geschäften eines Andern zustehet, wird man durch ein Mandat, welches alle übertragbaren Handlungen dem Bevollmächtigten anvertrauet; wogegen einem Specialmandatar nur einzelne Geschäfte übertragen worden sind. Es lassen sich verschie-

1) pr. I. de iis per quos agere (4. 10) c. 68. in VI. de regulis juris (5. 13)

2) l. 1. pr. D. de off. proc. caes. (1. 19.) c. 72. in VI de R. J. (5. 13.)

3) l. 10. C. de procur. (2. 13.)

4) l. 46. §. 4. D. de proc. (3. 3.)

dene Stufen des Specialmandats unterscheiden, jenachdem es mehr oder weniger ausgedehnt gegeben wird. Die Fassung des Auftrags giebt die Grenze an, über [1]) welche hinaus der Specialmandatar keine für den Mandanten verbindlichen Handlungen vornehmen kann. Es ist jedoch nicht zu bezweifeln, daß der Specialmandatar stets alles dasjenige thun darf, was zur Ausrichtung [2]) des ihm übertragenen Geschäftes, es habe an sich einen kleinen oder großen Umfang, nothwendig oder zweckmäßig gehört; und daß, wenn ihm eine ganze Gattung von Geschäften übertragen worden ist, er, auch ohne besondern Auftrag, alle in jener Gattung liegenden einzelnen Geschäfte vorzunehmen berechtiget ist. Ein Generalmandatar dagegen hat im Allgemeinen sich an die laufenden [3]) Geschäfte und deren gewöhnliches Gleis zu halten, kann aber darin Alles thun, was irgend vernünftiger Weise zum Vortheile des Principals gereichen kann und dessen Willen gemäß ist [4]). Jedoch macht man einen [5]) zwar seltsamen, aber sowohl auf dem Römischen als kanonischen Gesetze beruhenden Unterschied zwischen einem procurator cum libera (nämlich universorum negotiorum administratione oder agendi facultate) und sine libera, jenachdem seiner übrigens generell ausgestellten Vollmacht die Clausel hinzugefügt ist oder nicht, daß er freie Macht haben solle, zu thun und zu lassen, was ihm gut scheine. Die Wirkung der Vollmacht cum libera ist, daß der damit versehene

1) l. 13. pr. D. de pactis (2. 14.) l. 1. §. 12. D. de exerc. act. (14. 1.) l. 5. §. 12. D. de instit. act. (14. 3.)

2) l. 56. l. 62 D. de procur. (3. 3.) l. 1. §. 8. D. de exercit. act. (14. 1.) l. 5. §. 13. de institor. act. (14. 3)

3) l. 60. D. de procur. (3. 3.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 1. tit. 38. §. 10.

4) l. 63. D. de procur. (3. 3.) Boehmer l. c. §. 9.

5) Berger elect. discept. forens. T. VII. obs. 5.

Procurator nicht bloß bei den dem [1]) Verderben unterworfenen Sachen, sondern bei allen Gegenständen das Eigenthum [2]) des Principals veräußern darf; daß ihm erlaubt ist, die Sachen desselben zu verpfänden [3]), was ein Procurator sine libera nur in solchen [4]) Fällen thun darf, in denen es zu thun der Gewaltgeber schon früher gewohnt gewesen ist; endlich daß der Procurator cum libera auch [5]) Eide zuzuschieben und Vergleiche zu schließen Macht hat. Jedoch dehnt sich das Generalmandat mit freier Macht nicht auf reines Geschenkgeben aus, wenn ihm dieß nicht ausdrücklich zugestanden ist, oder wenn die von ihm beliebten Geschenke nicht etwa sehr gewöhnlich und längst üblich gewesen sind [6]). — Kein Procurator kann Sachen des Principals auf sich selbst übertragen [7]), also auch nicht einen aufgetragenen Kauf oder Verkauf mit sich selbst abschließen; außer in öffentlicher [8]) Versteigerung. — Mehrere Procuratoren, welche zu Ausrichtung einer und derselben Handlung beauftragt sind, müssen, wenn das Geschäft für den Mandanten verbindlich seyn soll, gemeinschaftlich handeln, so daß wenn Einer von ihnen nicht Theil nehmen kann oder will, die Handlung unterbleiben muß; sind sie indessen so constituirt, daß Einer für Alle und Alle für Einen von ihnen in dem Auftrage handeln

1) l. 63. D. de proc. (3. 3.)
2) §. 43. I. de rer. divis. (2. 1.) l. 9. §. 4. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.) l. 10. C. quod cum eo qui in aliena pot. (4. 26.)
3) l. 13. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 18. §. 4. l. 19. D. de pign. act. (13. 7.)
4) l. 11. fin. l. 12. D. eodem.
5) l. 60. D. de procur. (3. 3.) c. 4. in VI. de proc. (1. 19.)
6) l. 28. §. 2. D. de pactis (2. 14.) l. 1. §. 1. D. quae res pignori vel hyp. d. (20. 3.) l. 7. §. 1. l. 8. §. 5. D. quibus modis pign. v. hyp. (20. 6.)
7) l. 34. §. 7. l. 46. D. de contr. emt. vend. (18. 1.) l. 5. C. eod. (4. 38.)
8) l. 2. §. 9. D. pro emt. (41. 4.)

können: so schließt der zuerst Handelnde die übrigen aus und macht den Mandanten haftend [1]). Einer von mehreren gemeinschaftlichen Mandataren kann aber Rechte des Principals nicht gegen den andern Mitbevollmächtigten verfolgen [2]), — Ueber die Substitutionsbefugniß des Procurators vgl. §. 485.

VI. Erwerb von Rechten und Eingehung von Verbindlichkeiten durch Bevollmächtigte.

A. Erwerb von Rechten [3]).

§. 490.

Das Mandat hat im Allgemeinen gar nicht zur Folge, daß ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Mandanten und dem Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte ein Geschäft macht, direct [4]) entsteht; sondern nur zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten besteht das Geschäft. Wenn also ein Mandatar auf den Namen des Principals mit dritten Personen so abschließt, daß die daraus entspringenden Rechte diesem, dem Mandanten, direct erworben werden sollen: so ist dieß eine der Strenge des Römischen Rechtes nach ganz ungültige [5]) Handlung, nach dem alten Grundsatze, daß Repräsentation fremder Personen bei Rechtsgeschäften unzulässig sey. Nur folgende Ausnahme von dieser Regel nahm das Röm. Recht an [6]): 1) beim

1) l. 32. D. de procur. (3. 3.) cap. 6. in VI. de proc. (1. 19.)

2) l. 46. §. 7. l. 47. 48. D. eodem.

3) Schweppe Rechtsgeschichte. §. 312.

4) Mühlenbruch Cession der Ford. R. §. 13. S. 88 – 98.

5) l. 11. D. de O. et A. (44. 7.) l. 6. fin. C. si quis alteri vel sibi (4. 50.) l. 26. C. de jure dotium (5. 12.)

6) Mühlenbruch Cession. S. 74.

Darlehn den Fall, in welchem es im Namen des Mandanten ausgezahlt war; dann [1]) erhielt dieser auch eine Forderung auf Wiederbezahlung, ohne Rücksicht darauf, wem das ausgezahlte Geld gehört haben mochte. 2) Ist eine Nichtschuld Namens eines Andern bezahlt [2]), so hat dieser die Rückforderungsklage. 3) Auch das Pfandrecht, welches im Falle Nr. 1. dem Mandanten durch den Mandatar [3]) contrahirt wird, soll gelten, weil ja doch der Letztere gesetzlich genöthiget sey, dem Erstern die erworbenen Rechte abzutreten. 4) Endlich auch sollen solche Acquisitionen dann den Gewaltgebern oder Vertretenen zu Gute kommen, wenn die Mandatare Verwalter öffentlichen Vermögens, Vormünder oder andere Curatoren oder auch Geschäftsführer eines Soldaten sind [4]). — Nach unserer Praxis [5]) wird es aber dieser Ausnahmen nicht mehr bedürfen, weil man die ganze Regel als abgekommen ansiehet, und man gesteht dem Mandanten, auch wenn auf die im alten Rechte ungültige, oben angegebene Weise von Seiten des Mandatars contrahirt worden war, stets Forderung und Klagrecht zu. — Von dieser Form des Geschäftes zwischen dem Mandatar und einem Dritten ist diejenige sehr verschieden, bei welcher der Geschäftsführer im Auftrage des Mandanten handelt, ohne auf den Namen desselben zu contrahiren, vielmehr unter eigener Ver-

1) l. 2. §. 4. l. 9. §. 8. D. de reb. cred. (12. 1.) v. Glück Comment. Bd. 12. §. 779. S. 19. l. 126. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) l. 4. pr. Cod. si certum pet. (4. 2.)

2) l. 6. pr. l. 57. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.)

3) l. 2. C. per quas person. nob. acq. (4. 27.)

4) l. 26. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 5. §. 9. D. de pecunia const. (13. 5.) „utilitatis gratia puto dandam — *utilem actionem.*" l. 9. pr. D. de admin. et peric. (26. 7.) l. 2. D. quando ex facto tut. (26. 9.)

5) v. Glück Pand. Bd. 15. §. 958. S. 326.

bindlichkeit verspricht, die contrahirte Leistung (wenn auch im Namen des Principals jedoch) selbst zu erfüllen. Dann erlangt nämlich der Mandatar die Forderung aus der obligatorischen Handlung, um sie dem Mandanten zu cediren. Zu dieser Cession kann er durch die actio mandati directa genöthiget werden [1]). Der Mandant hatte aber auch hier nach der Strenge des Röm. Rechts gar keine Klage, bevor er sich die Forderung vom [2]) Mandatare cediren ließ. — Dieser Cession bedurfte es schon im neuern Röm. Rechte nicht mehr, sondern der Gewaltgeber hatte actionem utilem, sobald derselbe [3]) zu dem eingegangenen Geschäfte dem Mandatare speciellen Auftrag gegeben hatte. Hatte aber der Mandatar nur einen allgemeinen Auftrag gehabt, so hatte die actio utilis des Mandanten bloß dann Statt, wenn die Aushülfe der Cession nicht mehr möglich oder von der erwünschten Wirksamkeit zur Abwendung eines Nachtheils für den Mandanten war [4]). — Ueber die Erwerbung des Besitzes durch einen Procurator s. §. 220.; über die des Eigenthums (wo es durch Besitz erworben wird) bei den einzelnen Erwerbsarten des Eigenthums Thl. 2. S. 70 ff.; über die Erwerbung einer Servitut durch den Bevollmächtigten: ebend. S. 206. 207.; und was den Erwerb des Pfandrechts durch ihn betrifft S. 282. ebend. — Klagte im Röm. Rechte der Procurator wegen des für den Mandanten erworbenen Rechtes, so

1) l. 10. §. 6. l. 45. pr. D. mand. (17. 1.)

2) l. 49. §. 2. D. de acq. et am. poss. (41. 2.) l. 3. pr. D. quod vi aut clam (43. 24.)

3) l. 27. §. 1. l. 28. l. 68. D. de procur. (3. 3) l. 13. §. 25. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 18. §. 16 D. de damno infect. (39. 2.) l. 79. D. de V. O. (45. 1.)

4) l. 1. §. 18. D. de exerc. act. (14. 1.) l. 1. 2. D. de instit. act. (14 3) l. 5. D. de stipul. praet. (46. 5.)

richten sich die Einreden bloß nach seiner Person [1]). Klagte der Principal, so mußte dieser sich die Einreden aus seiner eigenen [2]) und aus des erwerbenden Mandatars [3]) Person gefallen lassen.

B. Contrahirung von Verbindlichkeiten.

1. Verbindlichkeit des Mandanten.

a. Bei Anstellung eines magister navis.

§. 491.

Ein einzelnes Verhältniß, das bei den Römern ziemlich früh vorgekommen seyn mochte und sich oft wiederholte, gab ihren strengen Grundsätzen über die Wirkungen des Mandats die erste durch das Edict veränderte Richtung. Dieß war das Verhältniß des Schiffsrheders (Befrachters), d. i. desjenigen, für dessen Rechnung das Schiff fährt, zu demjenigen, welchem er zu Führung des Schiffs und Besorgung der Ladung oder sonstiger mit dem Schiffe unternommenen Geschäfte Auftrag gegeben hat [4]) (Setzschiffer, Schiffsfactor, Schiffscapitain, Supercargo). Den Rheder nennen unsere Quellen exercitor navis; er kann Eigenthümer des Schiffes seyn oder auch nur den Gebrauch desselben innehaben, sofern er auf eigene [5]) Rechnung Handel und Schifffahrt auf dem Fahrzeuge treibt.

1) l. 51. §. 1. D. de aed. edict. (21. 1.)

2) l. 13. D. de contr. emt. vend. (18. 1.)

3) l. 5. pr. D. de trib. act. (14. 4.) l. 22. §. 5. D. de liberali causa (40. 12.)

4) l. 1. §. 1. 3. D. de exercit. act. (14. 1.)

5) l. 1. §. 15. D. eodem. „per aversionem" zu einer Reihe von unbestimmten, durch die Umstände räthlich werdenden Geschäften, mittelst eines umfassenden Contractes. Vergl. v. Glück Pand. Bd. 14. S. 186. Not. 83.

Entweder mittelst eines unvermischten Mandatscontractes oder auch durch Miethe (was auf die Folgen des Geschäftes keinen [1]) Einfluß äußert) hat er einem Andern, dem Schiffsfactor (magister navis im Röm. Rechte genannt), die eigentliche Schiffsverwaltung übertragen [2]), unter der mithin nicht bloße, gemeine Arbeit auf dem Schiffe zu verstehen ist. Sobald diese Verbindung bestehet, hat der Schiffsfactor das Recht, Alles, was zur Leitung des Schiffs, zur Besorgung des Geschäfts und der Reise nöthig ist, vorzunehmen, mit dritten Personen deßhalb Verträge abzuschließen, sie zu verpflichten und sich ihnen zu verpflichten. Er kann dieß selbst vornehmen, oder nach Gutfinden sich einen Substituten bestellen [3]); an der Substitution kann ihn sogar ein etwaniges dagegen gerichtetes Verbot des Schiffsrheders nicht hindern. Der Tod [4]) des Rheders hebt die Vollmacht des Factors nicht auf. In allen übrigen Verhältnissen muß sich der magister navis an die Schiffsordre (conditio praepositionis) halten, welche er nicht überschreiten darf. Ist sie aber befolgt, so wird durch die Handlungen des Schiffsfactors der Rheder den dritten Personen, welchen der Factor sich verpflichtet, unmittelbar obligirt [5]). Sollte der magister navis während seines mit dem Rheder bestehenden Vertrags ein Darlehn aufnehmen, unter dem Vorgeben, es zum Zwecke der ihm obliegenden Schifffahrtsgeschäfte zu verwenden: so haftet der Rheder selbst dann, wenn die Anleihe nicht zu der vorgegebenen Absicht verwandt ist [6]). Die Rücksicht darauf, daß

1) l. 1. §. 18. D. eod.

2) l. 1. §. 1 — 3. 13. 14. D. eod.

3) l. 1. §. 5. D. eodem.

4) Arg. l. 17. §. 2. 3. D. de instit. act. (14. 3.)

5) l. 1. §. 7. 9. 12. l. 7. pr. D. de exerc. act. (14. 1.)

6) l. 1. §. 8. 9. l. 7. D. eod. Cujac. tract. VIII. ad Afric. l. 7. D. de exerc. act. Es muß den Gläubiger des Factors

die Gefahren einer Seereise unvorhergesehenen und ungewöhnlichen Maßregeln das Uebergewicht über sonst geltende Förmlichkeiten und Rechtsgrundsätze verschaffen, führte sogar dahin, daß man festsetzte, der Rheder müsse für die [1]) unerlaubten und nicht aufgetragenen Handlungen haften, welche der Schiffsfactor während Führung seines Geschäftes begehet. — Die dritte Person, welche aus den Handlungen des Schiffsfactors Forderungen erwirbt, kann nun, während der Dauer seines Verhältnisses mit dem Rheder, gegen [2]) den Factor klagen; sie hat aber auch eine besonders bezeichnete (adjectitiä qualitatis) Klage gegen den Rheder, die actio exercitoria [3]), und zwar haften mehrere exercitores solidarisch, so daß der Einzelne die Einrede der Theilung auch nicht in Anspruch nehmen [4]) kann und bloß, wenn er für Alle bezahlt hat, gegen die übrigen Coexercitoren mit der actio pro socio auf Einzahlung ihres verhältnißmäßigen Theils klagen kann [5]). Mehrere für ein Schiff bestellte Factoren machen den Schiffsherrn verbindlich, wenn sie innerhalb ihrer durch die Schiffsordre bestimmten Abtheilung [6]) der Geschäfte Verbindlichkeiten

dabei nicht der Vorwurf vernachlässigter Vorsicht treffen; sonst haftet ihm der Rheder nicht.

1) l. 5. §. 8. l. 11. §. 4. D. de instit. act. (14. 3.) cf. l. 5. §. 3. D. de doli m. et m. exc. (44. 4.)

2) l. 1. §. 17. D. de exerc. act. (14. 1.) v. Glück Pand. B. 14. §. 881. conf. l. ult. D. de inst. act. (14. 3.)

3) l. 1. pr. §. 1. 2. D. de exerc. act. (14. 1.)

4) l. 1. §. ult. l. 2. D. eod. v. Glück Pand. a. a. O. S. 191. und Not. 91.

5) l. 3. D. eod. Die Erben mehrerer solidarisch haftenden Rheder können nur auf ihre Rate verpflichtet werden, l. 14. D. de inst. act. (14. 3.) l. 6. C. fam. hercisc. (3. 36.); außer wenn gegen sie aus einer vom Schiffsfactor nach Antretung der Erbschaft vorgenommenen Handlung geklagt wird. Arg. l. 17. §. 2. u. l. 3. §. 3. D. commod. (13. 6.)

6) l. 1. §. 12. 13. 14. D. de exerc. act. (14. 1.) Daß dabei alle der Natur des Amts zuwiderlaufenden Beschränkungen öffentlich bekannt gemacht werden müssen, ist zu folgern aus l. 11. §. 2—4. D. de inst. act. (14. 3.)

contrahirt haben; hat sich also die dritte mit einem von ihnen contrahirende Person, ohne sich um jene Eintheilung zu bekümmern, über die etwanige Grenze des bestimmten Geschäftstheils dieses einen Factors hinaus mit demselben eingelassen, so haftet der Rheder nicht.

b. Bei Anstellung eines institor.

§. 492.

Die actio institoria (ebenfalls adjectitiä qualitatis) ist ganz das Seitenstück zur Klage gegen den Rheder. Es gelten bei der Institoria dieselben Grundsätze mit denselben Folgen [1]). Wenn nämlich der Herr einer Handlung diese nicht selbst ausübt, sondern ihre wirkliche und umfassende Führung einer andern Person (im Röm. Rechte ursprünglich einem Familiensohne oder einem Sclaven) anvertrauet: so wird diese institor (Factor, Verwalter) genannt, und Dritte, welche mit dem Factor Geschäfte gemacht haben, können gegen den Herrn der Handlung mit der actio institoria [2]) klagen. Die Analogie mit der actio exercitoria ist unverkennbar. Insbesondere haftet der Principal auch für die [3]) unerlaubten Handlungen des Institor, wie der Exercitor für die des Schiffsfactor. Auch steht der Handelsherr für das ganze Geschäft des Institor ein, ist also nicht bloß bis auf die Summe [4]) der von ihm dem Factor zur Anlage übergebenen Waaren verpflichtet; eine Bestimmung, welche man theils des Publicums wegen

1) l. 3. l. 5. pr. — §. 7. l. 7. §. 1. l. 13 §. 2. D. de inst. act. (14 3.) v. Glück Comm. Bd. 14. S. 236 f.

2) l. 3. 4. 5 §. 1. 4. 18. l. 18. D. eod. §. 2. I. quod cum eo qui in aliena pot. (4. 7.)

3) l 5. §. 8. 9. l. 11. §. 4. D. eod. l. 5. §. 3. D. de dol. mal. et met. except. (44. 4.)

4) §. 2. I. cit. l. 5. §. 2. D. eod.

für billig fand, weil dieses bei der nicht selten eine lange Zeit dauernden Geschäftsführung des Factors sich nicht bei jedem einzelnen Contracte mit demselben nach der Zahl oder der Beschaffenheit seiner Principale, oder nach dem Stande der ihm gegebenen Anlage erkundigen kann; theils aber auch für die Handlungsherrn selbst vortheilhaft finden muß, weil, wenn jene gesetzliche Bestimmung nicht Statt fände, die Schwierigkeit, Weitläuftigkeit und Unsicherheit der nöthigen Erkundigungen fast jedes Geschäft mit dem Factor dritten Personen verleiden müßte. — Der institor kann sich einen Substituten ernennen; nur nicht, wenn es ihm verboten ist, weil hier kein Drang [1]) der Umstände, wie es beim magister navis der Fall ist, Abweichungen von diesem Theile des Mandats entschuldigen möchte. — Daß er, ohne speciellen Auftrag dazu, Gelder aufnehmen und dafür seinen Principal verbindlich machen könne, ist ihm nicht gestattet [2]). Jedoch giebt es Handelsgeschäfte, zu denen, den dabei Statt findenden Verhältnissen gemäß, Geldanleihen wesentlich erforderlich sind; ist der Factor einem solchen Geldgeschäfte vorgesetzt, so gehört das Recht, Anleihen zu machen und die Folge, daß er dadurch seinen Principal verbindet, von selbst zu dem Inhalte des Mandats desselben [3]). — Wenn der Principal mit Tode [4]) abgehet oder sein Verhältniß mit dem Institor zurücknimmt:

1) l. 1. pr. §. 5. D. de exerc. act. (14. 1.) l. 11. §. 5. D. de inst. act. (14. 3.) v. Glück Pand. Bd. 14. §. 893. S. 251 f.

2) l. 13. pr. l. 19. pr. D. de inst. act. (14. 3.) l. 1. C. de inst et exerc. act. (4. 25.) Leihet ein Factor, dem es nicht erlaubt war, Gelder zum Geschäft an und verwendet sie dazu: so kann der Creditor gegen den Principal wegen versio in rem klagen. l. 1. C. cit.

3) Struben R. B. I. B. 59. v. Glück Pand. Bd. 14. §. 892.

4) l. 5. §. 17. l. 11. §. 5. l. 17. §. 2. 3. D. de instit. act. (14. 3.) v. Glück a. a. O. S. 261—265.

so muß dieß dem dritten Contrahenten förmlich bekannt gemacht seyn, wenn der Erbe des Handlungsherrn oder er selbst nicht dennoch ihrer actio institoria ausgesetzt seyn will. Mehrere Principale haften auch hier [1]) solidarisch.

c. Bei jedem Mandate.

§. 493.

Den Inhalt der actio exercitoria und institoria wandte das Röm. Recht in ähnlichen Fällen weiter an und verpflichtet den Mandanten durch den Mandatar dem dritten Contrahenten direct, im Gegensatz der ältern strengen Lehre. Bei dieser weitern Ausdehnung unterscheide man erlaubte Handlungen des Bevollmächtigten von unerlaubten. — Beging der Mandatar in dem Geschäfte mit einem Dritten unerlaubte Handlungen, ohne daß ihm etwas Anderes, als das Erlaubte aufgetragen war: so haftet bloß der Mandatar, nicht der Mandant, und diesem sollen dann Delicte des Bevollmächtigten weder nützen noch schaden [2]). War dem Bevollmächtigten aber das Unerlaubte aufgetragen: so haften Mandant und Mandatar mit Correalität dem Dritten [3]). Ist der Mandatar bei dem Auftrage einer unerlaubten Handlung weiter gegangen, als sein Auftrag lautete: so befand sich der Mandant für diese Ueberschreitung zwar nicht im Dolus, denn er

1) l. 14. D. eodem.

2) l. 15. §. 2. D. de dolo malo (4. 3.) l. 11. pr. D. de dol. m. except. (44. 4.) Versiehet aber der Bevollmächtigte in seinem ihm anvertraueten Geschäfte Etwas, was der Dritte mit Recht ordentlich besorgt erwarten durfte: so haftet der Mandant dem Dritten. Dieser allgemeine Satz ist von dem Beispiele eines die Leiche beraubenden, beauftragten pollinctor wohl zu abstrahiren. l. 5. §. 8. de instit. act. (14. 3.)

3) l. 1. §. 13. D. de vi et vi arm. (43. 16.) l. 5. §. 14. l. 6. D. quod vi aut clam (43. 24.) l. 11. §. 3—5. D. de injur. (47. 10.) l. 5. C. de accusation. (9. 2.)

wollte sie nicht, aber er gab doch dolose Veranlassung dazu und ist folglich de culpa lata haftend [1]). Handelt der Mandatar nicht bona fide gegen den Mandanten, so macht dieß in des Dritten Verhältnissen keinen Unterschied; der Dritte aber, welcher an der Arglist des Mandatars gegen dessen Principal Theil nahm, hat die Einrede oder die Klage wegen Arglist zu leiden [2]). Der Principal kommt durch den Mandatar nicht in Verzug, sofern er um die geschehene Anmahnung des Gläubigers oder Anbietung des Schuldners nicht auch weiß [3]). — In Folge erlaubter Handlungen des Mandatars ist der Mandant dem Dritten immer verpflichtet und wird mit einer Klage belangt (ad exemplum institoriae actionis), welche actio quasi institoria heißt [4]). — Mehrere Mandanten haften auch dabei solidarisch [5]), ohne, wenn ihnen nicht ein besonderer Grund zur Seite steht, die Einrede der Theilung gebrauchen zu können. — Für den Mandatar, welcher seinen Auftrag überschritten hat, haftet [6]), soweit diese Ueberschreitung von Folgen ist, der Mandant dem Dritten nicht; wohl aber, wenn die Instruction an den gegen die Natur des aufgetragenen Geschäfts beschränkten Bevollmächtigten nur privatim gegeben und nicht bekannt geworden war [7]). Ueberhaupt wird die Analogie [8]) mit dem Verhältnisse des

1) c. 3. in VI. de homicid. (5. 4.)

2) l. 8. §. 1. D. mand. (17. 1.)

3) l. 20. §. 11. D. de her. pet. (5. 3.) l. 32. §. 1. D. de usuris (22. 1.) Pufendorf Obs. I. 168. III. 168.

4) l. 31. pr. D. de negot. gest. (3. 5.) l. 16. l. 19. pr. D. de institoria act. (14. 3.) l. 10. §. 5. D. mand. (17. 1.) l. 13. §. 21. D. de A. E. V. l. 5. C. de inst. et exerc. act. (4. 25.)

5) l. 1. §. 25. l. 2. 3. D. de exerc. act. (14. 1.) l. 5. §. 1. D. quod jussu (15. 4.)

6) l. 5. §. 11. 12. D. de inst. act. (14. 3) l. 3 D. quod jussu (15. 4.) l. 10. C. de procur. (2. 13.)

7) l. 11. §. 2—4. D. de instit. act. (14. 3.)

8) l. 5. §. 1. D. quod jussu (15. 4.)

Handelsherrn zum Institor als Norm angenommen werden müssen, und offenbar neigte sich das spätere Röm. Recht dahin, den Mandanten als dem Dritten direct verbunden anzusehen [1]). Nach Deutscher Praxis ist unbestritten, daß der Mandatar Namens des Principals versprechen kann und daß dadurch Letzterer selbst, eben so gut, als wie durch unmittelbares Versprechen, Contrahent wird, mithin zwischen demselben und dem Dritten die directe Klage Statt findet.

2. Verbindlichkeit des Procurators.

§. 494.

Sofern der Dritte, welcher mit dem Procurator ein Geschäft machte, aus demselben gegen den Mandanten klagen kann, fällt seine Klage gegen den [2]) Procurator und dessen Verpflichtung weg; jedoch tritt dieß nicht ein, wenn 1) der Procurator den Auftrag, nach welchem er zu handeln vorgab, gar nicht bekommen [3]), oder den bekommenen überschritten hat; 2) wenn er der dritten Person nicht anzeigt, daß er als Vertreter eines [4]) Andern handelt; die dritte Person also von dem zum Grunde liegenden Mandate gar nichts erfährt und folglich den Procurator festhält; 3) so lange der Bevollmächtigte in seinem Amte oder Mandatarverhältnisse bleibt, und vermöge der dadurch in seinen Händen befindlichen Mittel den Dritten [5]) befriedi-

1) §. 8. I. quod cum eo qui in alien. pot. (4. 7.) v. Glück, Pand. 14. §. 876. S. 182 f.

2) l. 61. l. 67. D. de proc. (3. 3.) l. 5. pr. D. quando ex fact. tut. (26. 9.) l. 3. §. 2. D. de adm. rer. ad civ. pert. (50. 8.)

3) l. 1. §. 9. D. quod jussu (15. 4.)

4) l. 13. C. si certum pet. (4. 2.)

5) l. 20. D. de inst. act. (14. 3.)

gen kann; 4) endlich wenn er sich für den Mandanten mitverpflichtete, wobei denn freilich eigentlich ein neuer Rechtsgrund hinzutritt [1]). — Hat der Procurator Namens seines Principals eine Verbindlichkeit gegen einen Dritten übernommen: so ist er nach den Grundsätzen der Praxis des gemeinen Rechts in Deutschland um so mehr der Klage des Dritten überhoben. — Noch ist zu bemerken, daß der Mandatar nicht aus seiner eigenen Person das Geschäft, welches er als Bevollmächtigter abgeschlossen hat, anfechten kann [2]).

VII. Procuratores in rem suam.

§. 495.

Außer dem, was bei der Lehre vom Mandate bisher an den geeigneten Stellen schon über den procurator in rem suam hat gesagt werden müssen, kann besonders für das Materielle seines Verhältnisses hier noch zusammengefaßt werden, daß, wenn ein obligatorisches Verhältniß das Interesse Jemandes wesentlich betrifft, ohne auf seinem Namen formell zu stehen, und er dann von dem namentlichen Inhaber des Verhältnisses zu dessen Erledigung beauftragt wird, er [3]), procurator in rem suam genannt, freies [4]) Dispositionsrecht in der fraglichen Sache bekommt und den Widerruf des Principals [5]) nicht zu befürchten braucht. Stirbt dieser jedoch, so hört das Mandat für den Procurator in rem suam auf; aber dieß schadet der Fort-

1) l. 67. D. de proc. (3. 3.) l. ult. D. de inst. act. (14. 3.) l. 4. pr. D. de re jud. (42. 1.)

2) l. 49. D. mand. (17. 1.)

3) l. 34. D. de proc. (3. 3.) l. 8. §. 10. D. mand. (17. 1.) l. 66. §. 2. D. de evict. (21. 2.)

4) l. 13. §. 1. D. de pactis (2. 14.)

5) l. 25. l. 55. D. de proc. (3. 3.)

setzung des Geschäftes nicht, wenn der Bevollmächtigte desselben auf eigenen Namen zu besorgen [1]) berechtiget ist, wie z. B. bei cedirten Forderungen mit der actio utilis. Da die Angelegenheit materiell die eigene des Procurators ist, und Niemand bei seinen eigenen Angelegenheiten Mandatar seyn kann (was, wenn die Rechte das materielle Verhältniß allein berücksichtigten, die Existenz eines procurator in rem suam unmöglich gemacht haben würde): so ist weder der Procurator dem Principal, noch dieser jenem aus dem Mandate verpflichtet [2]).

Dritte Abtheilung.

Von den ungenannten Contracten [3]).

I. Im Allgemeinen.

§. 496.

Konnte im Römischen Rechte aus einer zweiseitigen Verbindlichkeit nicht eher geklagt werden, als bis der Eine der Theile, unter denen sie Statt fand, seinerseits [4]) Erfüllung geleistet hatte: so hieß die Verbindlichkeit ein Realcontract, und es war gleichgültig, welche Form die Verabredung selbst vorher gehabt hatte; denn jedes pactum nudum ging durch Erfüllung (causa, oder causa secuta) in einen Realcontract über. Als ganz eigene Verträge hat das Römische Recht unter den Realcontracten das Darlehn, Commodat, Depositum und den Pfandcontract ausge-

1) l. 1. C. de O. et A. (4. 10.)

2) l. 30. D. de proc. (3. 3.)

3) Pöhls, Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von Innominalcontracten. 1821.

4) l. 7. §. 2. D. de pactis (2. 14.) l. 10. C. de pactis (2. 3.) l. 8. C. de rer. permut. (4. 64.)

zeichnet und ihnen besondere Namen gegeben, vermuthlich weil sie verhältnißmäßig früh ihre Ausbildung erhielten. Alle übrigen Verträge dieser Art sind unbenannte[1]) Realcontracte und es läßt sich von denselben keine andere Definition geben, als sie seyen diejenigen zweiseitigen Verträge, welche von der einen Seite bereits erfüllt sind und doch keinen besonders benannten Contract bilden. Da jedoch nach der bei uns gültigen Praxis des gemeinen Rechts schon pacta nuda klagbar und den Contracten gleich sind: so bleibt jetzt für die Innominatcontracte bloß der Begriff solcher zweiseitigen Verträge, die keinen sonst benannten Contract bilden. — Geschäfte dieser Art konnte es unzählige geben, welche mehr oder weniger sich einem benannten Contracte näherten; das Römische Recht hat sie daher nicht einzeln aufgeführt, sondern nur Classen gemacht, welche nach dem Geben und Thun[2]) der einen oder der andern Partei[3]) eingetheilt worden sind, nämlich: a) do ut des, oder die Art der unbenannten Contracte, nach welcher die eine Partei Etwas giebt oder vielmehr gegeben hat, damit die andere ebenfalls Etwas gebe; b) do ut facias, wenn das einerseits Gegebene auf eine von der andern Seite zu leistende Handlung abzweckt; c) facio ut des, wenn die von der einen Seite bereits geleistete Handlung darauf abzielt, daß der andere Theil eine Sache gebe; d) facio ut facias, wenn die von der einen Seite geschehene Handlung eine von der andern Seite zu leistende Handlung als Er-

1) Nicht anzuerkennen, daß die unbenannten Contracte durch die einseitige Erfüllung Realcontracte werden, heißt vergessen, was der Character des Realcontracts bei den Römern war.

2) facere, aber auch non facere s. Pöhls a. a. O. §. 10. S. 23.

3) l. 5. pr. D. de praescr. verb. (19. 5.)

füllung erwartet. Die erste Classe ist oft mit einem Kaufe verwandt und eine Art derselben ist der Tausch [1]); die beiden folgenden Classen können dem Miethcontracte verglichen [2]) werden, und die vierte Classe kann Verwandtschaft haben mit dem gegenseitigen Mandate oder mit dem Gesellschaftscontracte [3]); auch kann mancher Contract aus zweien dieser Classen zusammengesetzt seyn. Genauere Grundsätze lassen sich nicht anführen, sondern man muß bei Beurtheilung dieser Verabredungen auf die Absicht der Parteien, auf die Regeln von den Verträgen überhaupt und von etwa verwandten benannten Contracten insbesondere, desgleichen auf die allgemeinen Folgen des Zufalls und der Fahrlässigkeit sehen, und diese auf die einzelnen Umstände in Anwendung bringen [4]). — Die Klage aus den ungenannten Contracten ist eine doppelte, jenachdem man das schon Geleistete zurückfordern kann und will, oder auf Erfüllung des Vertrags und die Gegenleistung klagt. Die Rückforderungsklage ist eine condictio (s. §. 619—621.); die Klage auf die Gegenleistung heißt actio praescriptis verbis oder in factum praescriptis verbis, wahrscheinlich so genannt, weil nicht ein gewöhnlicher Namen, sondern eine kurze Erzählung des Thatbestandes selbst der Klage vorgesetzt werden mußte. — So wie die Grenzen zwischen den Rechtsverhältnissen selbst, so sind auch die zwischen den Klagen hierbei nicht scharf bestimmt. Die actio praescriptis verbis kommt außer den Innominatcontracten auch noch bei ähnlichen [5]) Verabredungen vor,

1) s. §. 497.
2) l. 5. §. 2. l. 19. §. 1. l. 22. D. eod.
3) l. 5. §. 4. l. 9. l. 17. §. 3. l. 25. D. eod.
4) l. 17. §. 1. 2. 4. l. 20. §. 2. D. eod. Hasse Culpa. §. 96.
5) l. 2. D. eod. l. 2. §. 2. l. 19. §. 2. D. de precario (43. 26.)

z. B. bei der donatio sub modo, auch treffen andere benannte Contractsklagen mit ihr zusammen, so daß man sich manchmal der einen oder der andern bedienen kann. Grenzen nämlich die unbenannten Contracte so an die benannten, daß die Unterordnung des Geschäfts unter die eine oder die andere Classe zweifelhaft bleibt: so gestatten die Juristen die Wahl einer der concurrirenden Klagen [1]). In unserer Praxis hat man dieß jedoch fast ganz übersehen dürfen, weil der Name der Klage in derselben wenig ausmacht. Diese actio praescriptis verbis ist übrigens bonae fidei [2]), da nicht allein ihre Concurrenz mit andern actiones bonae fidei unbedenklich gestattet wird, sondern mit ihr auch Früchte schon von der Zeit an gefordert werden, in welcher man ein Recht auf die Sache erhielt. Der Streit, ob die Form facio ut des ebenfalls die actio praescriptis verbis hervorbringe, oder ob man dabei bloß die actio de dolo auf die Gegenleistung anstellen könne, ist dahin zu entscheiden, daß hierbei praescriptis verbis allerdings geklagt werden könne, weil Justinian den darüber unter den Römischen Juristen vorhandenen Widerspruch durch die Aufnahme dieser Ansicht in die Institutionen entschieden hat [3]). — Bei den Römern war zur Existenz des Innominatcontractes erforderlich, daß der nachherige Kläger seinerseits erfüllt hatte [4]). Bei uns ist dieß zwar nicht nöthig, da jedes pactum nudum bei un-

1) l. 13. §. 2 D. commod. (13. 6.) l. 50. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 1. pr. D. de aestimator. (19. 3.) l. 1. §. 1. l. 17. pr. D. de praescr. verb. (19. 5.) S. Pöhls a. a. O. §. 29.

2) Ob sie bonae fidei oder stricti juris sey, war streitig. S. Hofman disput. de praescr. verb. §. 34. (Op. P. I. T. 1. p. 668 seqq.)

3) Vinnius sel. quaest. L. 1. c. 46. Vergl. v. Glück Pand. Bd. 18. §. 1069. S. 91 ff.

4) l. 1. §. 2. D. de rer. permut. (19. 4.) l. 3. C. eod. (4. 64.)

serer Praxis für klagbar angesehen wird; dagegen gilt immer noch auch bei uns das Recht der Reue oder des Zurücktrittes, welches unter gewissen Umständen bei den Innominatcontracten der Römer Statt fand. Das Römische Recht nahm an: a) daß, falls beide Theile den Innominatcontract erfüllt haben, keine Reue mehr [1]) gelte; b) habe kein Theil erfüllt: so habe Jeder das Recht der Reue oder des Rücktritts (was freilich ohnehin schon aus dem Satze ex pacto nudo non datur actio [2]) bei den Römern folgte); c) wenn ein Theil bereits erfüllt habe: so könne zwar der Empfänger nicht zurücktreten (denn für ihn war das Geschäft nun Realcontract geworden); aber derjenige, welcher in diesem dritten Falle erfüllt hat, könne sich seine Erfüllung gereuen lassen und sie zurückfordern; jedoch da Handlungen [3]) sich nicht ungeschehen machen lassen, nur dann, wenn seine Erfüllung in einem Geben bestehe. Seine Reue konnte eintreten: entweder aus Gründen [4]), nämlich wegen Verzögerung (mora) oder wegen beharrlicher Verweigerung (contumacia) oder wegen Contractwidrigkeit oder wegen der vom Empfänger verschuldeten Unmöglichkeit [5]) der gegentheiligen Erfüllung, oder

1) l. 1. pr. D. de cond. caus. dat. (12 4.)

2) l. 30. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 4. D. quae res pign. (20. 3.) l. 11. pr. D. qui pot. in pign. (20. 4.)

3) l. 25. D. de praescr. verb. (19. 5.) Doch hat man eine Forderung erlassen, so kann deren Wiederherstellung verlangt werden. l. 4. D. de cond. caus. dat. (12. 4.)

4) l. 52. l. 65. §. 4. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 5. §. 1. 2. D. de praescr. verb. (19. 5.) l. 2. 6. 8. Cod. de cond. ob caus. dat. (4. 6.) — l. 16. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 1. C. de rer. perm. (4. 64.) l. 3. §. 3. l. 5. §. 4. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 5. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.) l. 10. l. 11. C. de rer. permut. (4. 64.) l. 3. §. 5. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 5. C. eod. (4. 6.)

5) Unmöglichkeit der Erfüllung, durch wahren Zufall veranlaßt, giebt zwar keinen Grund zum Rücktritt, aber schließt die

auch deßwegen Statt finden, weil schon zur Zeit des Contractsabschlusses eine Unmöglichkeit des Erfüllens vorhanden gewesen war, welche der Erfüllende nicht wohl wissen konnte, oder endlich ohne allen Grund, d. i. bloß, weil er sich anders besonnen [1]) hatte. Jene ersten Gründe bewirkten, daß der Rücktretende dem Andern wegen dessen Verwendungen oder sonstigen Verlustes nicht zu entschädigen brauchte; sich anders besinnen aber, und deßwegen zurücktreten konnte der Erfüller nur unter der Bedingung, daß er seinem Gegner die etwa verursachten Kosten und Verluste bezahlte [2]). Es ist aber eine bloße Erfindung der neuern Juristen, daß nur wegen der ersteren Gründe von den Erben des Erfüllers die Rückforderungsklage angestellt werden könnte, nicht wegen der eigentlichen Reue; denn diese Unterscheidung findet sich nirgends in unsern Quellen; vielmehr kommt in beiden Verhältnissen jene Klage auch den Erben zu Gute [3]). — Die Klage des Zurücktretenden hieß in beiden Fällen condictio ob causam datorum oder condictio causa data causa non secuta. — Die heutige Anwendung dieser Grundsätze ist, nachdem die Praxis überhaupt von der Consequenz des Römischen Rechts abgewichen ist, einigermaßen mit sich selbst im Widerspruche, und, wenn man einmal die Behauptung, jedes pactum nudum sey klagbar geworden, ganz allgemein für wahr ausgiebt, bleibt freilich folgerecht nichts übrig, als das Recht der Reue bei den unbenannten Contracten gar nicht mehr gelten lassen zu wollen. Allein

eigentliche, grundlose Reue nicht aus. l. 3. §. 3. l. 5. pr. §. 3. 4. l. 16. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 10. Cod. eodem (4. 6.)

1) l. 3. §. 2. 3. l. 5. pr. §. 1. 2. D. de cond. caus. dat. (12. 4.)

2) l. 5. §. 2—4. D. eod.

3) l. 2. 3. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.)

man wird sich richtiger hierbei daran halten, daß sich nicht nachweisen läßt, wie die Praxis die Lehre von der Reue bei diesen Contracten habe abkommen lassen. Vielmehr lehrt ihre Geschichte, daß der Rücktritt des Erfüllers bei den Innominatcontracten nicht nur wegen vorhandener Gründe, sondern auch wegen bloßen Andersbesinnens (poenitentia) unverändert geblieben ist. Bloß eine über den Stand der Praxis hinausgehende Theorie wollte ihn, aus Liebe zur Consequenz abschaffen [1]). Mithin ist die Lehre von der Reue bei den Innominatcontracten bei uns noch dieselbe, wie bei den Römern und muß als Eigenthümlichkeit dieser Verträge angesehen werden; wenngleich dadurch der allgemeinen Klagbarkeit der pacta nuda bei uns entgegengewirkt wird. Es leidet keinen Zweifel, daß die Reue auch als Exception gebraucht werden kann. Würde folglich vor der Erfüllung (nach neuern Grundsätzen über das pactum nudum) geklagt: so könnte der Beklagte sich der Einrede der Reue bedienen. Bei dieser Vereitelung eines solchen unrömischen Klagerechts kann auch das periculum noch gegenwärtig nicht auf den Gegner übergehen, auch die Annahme der Sache nicht erzwungen werden.

II. Vom Tausche insbesondere.

§. 497.

Der Tauschvertrag (placitum permutationis, permutatio) setzt fest, daß man gegen die einerseits hingegebene Sache eine andere geben wolle [2]). Er ist ein Inno-

1) Alef de eo quod justum est circa poenitentiam in contractibus innom. (D. acad. n. 10.) — Hommel Rhaps. quaest. Vol. II. obs. 413.

2) l. 1. pr. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 5. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.)

minatcontract und folgt mithin den Grundsätzen über diese Art der Verträge. Allerdings kann zuweilen Zweifel entstehen, ob Etwas Tausch oder Kauf ist, besonders wenn von der einen Seite eine Sache und von der andern Seite eine Sache und Geld gegeben werden soll. In solchen Fällen muß man auf den Hauptgegenstand sehen und davon Nebenpuncte, z. B. ob das Geld etwa nur zur Ausgleichung gegeben worden ist, unterscheiden. Der Tausch hat zwar ein nomen und ist der Form nach in den Pandecten so behandelt, als ob er ein benannter Contract sey; allein genauer erwogen findet man, daß er materiell lediglich eine Art der ungenannten [1]) Contracte aus der Classe do ut des ist und nur zufällig seinen besondern Namen aus dem gemeinen Leben mit in die Wissenschaft, getrennt vom Kaufe (mit welchem der Tausch anfänglich vereinigt seyn mußte) herüber genommen hatte. Auch hat er keine andere Klage als die actio praescriptis verbis [2]). — Die Natur der Sache giebt übrigens schon an die Hand, daß der Tausch dem Kaufe in den meisten rechtlichen Grundsätzen gleich seyn müsse und [3]) danach beurtheilt werde. Außerdem daß für die Sache von der einen Seite wieder eine Sache von der andern (kein Preis) gegeben wird [4]), weicht der Tausch nur noch in folgenden drei Puncten vom Kaufe ab: a) daß beim Tausche Eigenthum übertragen werden muß (dari), während der

1) l. 1. §. 2. D. de rer. permut. (19. 4.) Cujac. Recit. ad tit. Dig. de praescr. verb. ad l. 5. §. 1.

2) l. 1. §. 2. D. de rer. permut. (19. 4.)

3) l. 15. D. quib. ex caus. in poss. eatur (42. 4.) l. 2. C. de rer. permut. (4. 64.)

4) Geld kann übrigens, z. B. beim Wechsel oder beim Tausche von Münzstücken, ebenfalls getauscht werden. l. 1. pr. §. 1. 2. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 26. D. de praescr. verb. (19. 5.)

Verkäufer bloß zur Ueberlieferung der verkauften Sache (tradere) in der Regel verbunden ist [1]); b) daß beim Tausche selbst ohne eintretende Gegenleistung das Eigenthum der Sache auf den Empfänger derselben übergehet, während beim Kaufe entweder bezahlt oder creditirt seyn muß, wenn das Eigenthum der verkauften und tradirten Sache auf den Empfänger übergehen soll; c) daß die Theile beim Tausche das Recht der Reue haben, welches beim Kaufe nicht Statt findet [2]). — Vom Trödelvertrage s. §. 505., vom Vertrage wegen eines suffragii s. §. 613.

Zweiter Abschnitt.

Von den pactis nudis [3]).

§. 498.

Im Gegensatze zu den eigentlichen Contracten heißen alle übrigen Vereinbarungen pacta (s. §. 446.). Abgesehen von dem Falle, in welchem ein dingliches Recht durch ein pactum bestellt ward und dann zwar aus dem dinglichen Rechte, nicht aber aus dem Vertrage geklagt werden konnte; ferner abgesehen von der actio de dolo, welche ein Paciscent wegen Ersatzes der Aufopferungen anstellen durfte, die er im Vertrauen auf ein abgeschlossenes Pactum gemacht hatte und um die ihn der andere Paciscent bringen wollte [4]), geben pacta, die nicht Contracte waren, streng genommen, kein Klagrecht. Jedoch kamen

1) l. 1. pr. §. 3. D. eod. s. §. 461.

2) l. 5. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.) l. 1. §. 4. D. de rer. permut. (19. 4.) l. 1. l. 4. 5. l. 7. C. eod. (4. 64.)

3) Schweppe Rechtsgeschichte. §. 314.

4) l. 5. §. 3. l. 16. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.)

schon im ältern Civilrechte und namentlich schon im Zwölftafelgesetze, einige wirksame pacta vor, welche deßwegen den Namen pacta legitima erhielten [1]). Allen Pacten legte späterhin der, damit vermuthlich nur die Gewohnheit ins Edict aufnehmende, Prätor eine [2]) Kraft zur Einrede bei; einigen Pacten gab er sogar Klagbarkeit, und diese nennt man deßhalb prätorische Pacta [3]). Endlich wurden durch den Römischen Gerichtsgebrauch [4]), nachdem die Einwirkung der Fremden auf das strenge bürgerliche Recht immer mehr abändernden Einfluß gewonnen hatte, und darauf durch die kaiserliche Gesetzgebung [5]) noch mehrere Pacte klagbar und es kam der Grundsatz auf, daß jedes pactum, bei welchem eine Aushändigung der betreffenden Sache von einem Paciscenten an den andern unter Vorbehalt der Rückforderung vorkam, die actio praescriptis verbis [6]) zur Folge habe. Solchergestalt waren von den pactis nudis mehrere ausgesondert, welche Klagerecht mit sich brachten, und die man nachher pacta non nuda, vestita nannte. Sämmtliche übrigen pacta (nuda im strengern Sinne) blieben [7]) bei den Römern ohne Klagbarkeit. Wenn jedoch übrigens nicht klagbare Verabredungen als pacta ex continenti subsecuta sich an einen klagbaren Vertrag anfügten, der bonae fidei und noch nicht völlig abgeschlossen war: so wurde ihnen, gleichsam als

1) Schweppe Rechtsgesch. a. a. O. l. 6. D. de pactis (2. 14.) Cujacius ad h. loc.

2) l. 7. p. 7. D. eod.

3) l. 17. §. 2. D. eod. l. 1. D. de constit. pec. (13. 5.)

4) l. 30. D. de usur. (22. 1.) l. 7. D. de foen. naut. (22. 2.)

5) l. 6. C. de dot. prom. (5. 11.) l. 35. §. 5. C. de donat. (8. 54.)

6) l. 1. §. 2. l. 5. §. 2. l. 17. §. 5. l. 18. D. de praescr. verb. (19. 5.) l. 1. pr. D. de aestim. (19. 3.) l. 2. pr. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 2. §. 2. l. 19. §. 2. D. de precario (43. 16.)

7) l. 7. §. 4. D. de pactis.

Theilen des Hauptgeschäftes, Klagbarkeit [1]) zugestanden (pacta adjecta). — Die Praxis in Deutschland hat allen Vereinbarungen Klagbarkeit gegeben (§. 446.). — Von den einzelnen Pacten sind nun die einleitenden oder Vorverabredungen der Consensual-, Real- und ungenannten Contracte, so wie der Zinsvertrag beim Darlehn, schon vorgekommen; hier folgen die übrigen.

Erste Abtheilung.

I. Begriff der Schenkung [2]).

§. 499.

Im weitern Sinne und in dem des gemeinen Lebens versteht man unter Schenkung (donatio) jeden Act der Freigebigkeit Jemandes (donator, donans) an einen Andern (donatarius) und es gehört dann auch die Erlassung einer Forderung in den Bereich der Schenkung [3]). Im eigentlichen Sinne aber ist es eine mit Uebertragung des Eigenthums verbundene Uebereinkunft zweier Parteien über eine Freigebigkeit [4]). Daraus ist erklärlich, warum die Römer die donatio manchmal unter die Erwerbsarten des Eigenthums stellen. Die Freigebigkeit ist das Wesentliche dabei. Die Sache muß also gegeben werden ohne rechtliche Schuldigkeit [5]); indessen hebt es den

1) l. 7. §. 4. 5. D. de pactis (2. 14.) l. 72. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 13. C. de pactis (2. 3.)

2) Marani Parat. ad P. lib. 39. tit. 5.

3) l. 9. pr. l. 29. pr. D. de donat. (39. 5.) l. 5. l. 13. 14. l. 18. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) l. 38. D. de contr. emt. (18. 1.)

4) pr. I. de don. (2. 7.) Donell. comm. 5, 2. §. 3.

5) l. 18. fin. D. de adim. v. transf. leg. (34. 4.) l. 82. D. de R. J. 50. 17.

Begriff der Schenkung nicht auf, wenn das, was der Schenker giebt, eine Vergeltung für etwas früherhin Empfangenes ist. Die unentgeltliche Uebertragung muß auch geschehen, ohne daß dafür ein Gegenwerth (Aequivalent) ausbedungen wird. Zwar kann der Schenker etwas für das Geschenk ausbedingen, aber es muß nur nicht als Aequivalent gelten oder angesehen werden können, weil sonst der Begriff der Freigebigkeit verschwindet. — Man unterscheidet die eigentliche Schenkung, donatio inter vivos [1]), vorzüglich wegen ihrer Unwiderruflichkeit, von der donatio mortis causa, welche den letztwilligen Dispositionen sich nähert. Die letztere ist eine Schenkung, welche vom Tode des Schenkers abhängig gemacht worden ist und erst nach diesem Zeitpuncte die Sache auf den Beschenkten überträgt. Alle Schenkungen, die nicht mortis causa gemacht werden, sind inter vivos. Die Schenkung [2]) von Todeswegen ist nach bloßer Willkür, und selbst ungeachtet schon geschehener Ablieferung des Geschenkten, widerruflich; wird bei ihr festgesetzt, daß sie unwiderruflich seyn solle, so verliert sie ihren Character und wird dadurch eine [3]) donatio inter vivos. — Es kann zuweilen factisch zweifelhaft seyn, ob eine Schenkung als eine unter Lebendigen oder eine von Todeswegen gelten solle, indem etwa bei einer übrigens als Schenkung unter Lebendigen anzusehenden Freigebigkeit der Tod des Schenkers mittelbar oder unmittelbar erwähnt worden ist. Alsdann hat man

1) §. 1. 2. I. de donat. (2. 7.) l. 1. pr. l. 2. D. de mort. caus. donat. (39. 6.)

2) l. 2. l. 27. l. 35. §. 2. D. eod.

3) l. 27. D. de mort. c. don. (39. 6.) Die l. 13. u. l. 35. §. 4. fin. widersprechen dem nicht; denn sie sagen bloß, daß die Clausel der Unwiderruflichkeit der mort. caus. don. angehängt werden könne, schweigen aber von der Wirkung eines solchen Anhangs.

darauf zu sehen, ob auf irgend eine Weise die Uebertragung der Sache von dem Tode des Schenkers hat abhängig gemacht werden sollen; dann ist die Schenkung mortis causa; sonst in allen Fällen inter vivos. Eine übrigens vollendet eingegangene Schenkung, welcher nur die Clausel hinzugefügt ist, daß die Sache erst nach dem Tode des Schenkers dem Beschenkten gegeben werden solle, ist nur als donatio mortis causa zu betrachten. — Die Schenkung war bei den Römern pactum nudum und nur weil sie durch Stipulation so oft bekräftigt wurde, erscheint sie häufig als contractus stricti juris [1]).

II. Eingehung der Schenkung.

§. 500.

Die Eingehung der Schenkung ist durch die Constitutionen früherer Kaiser und Justinians in vielen Beziehungen anders und endlich leichter geworden, als sie es im ältern Röm. Rechte war. Ohne geschichtliche Aufklärung kann man in dieser Lehre Vieles, namentlich die Pandectenstellen nicht recht verstehen. Diese denken insbesondere beim gesetzlichen Maße der Schenkungen (modus legitimus) an die lex Cincia, während wir dieß praktisch auf den modus der Constitutionen zu beziehen haben [2]). — Bei der Eingehung der Schenkungsübereinkunft gelten jetzt im Allgemeinen die Regeln der Verträge und es sind hier nur einige Eigenthümlichkeiten zu bemerken. — A) Die Administratoren fremden Vermögens dürfen nicht schenken,

1) Sehr interessant ist das Fragmentarische, was wir von der Geschichte der Schenkung im Röm. Rechte wissen. v. Savigny Zeitschrift Bd. 4, 1. Schweppe's Rechtsgeschichte §. 317.

2) Schweppe Rechtsgesch. a. a. O. und v. Savigny a. a. O.

selbst wenn sie ein Mandat mit freier Dispositionsgewalt hätten (s. §. 489.). In demselben Verhältnisse befindet sich auch der Familiensohn, welcher sein peculium profectitium [1]) verwaltet. Jedoch ist es dem Administrator nicht verboten zu schenken, wenn die Schenkung nach [2]) Sitte und Anstand nicht gut vermieden werden kann, oder auch wenn die Befugniß zu schenken ihm namentlich eingeräumt oder die Art der Schenkung der Absicht des Principals angemessen ist [3]). — B) Gegenstand der Schenkungen kann jede Sache und jedes Recht seyn, sofern sie überhaupt veräußerlich und im Verkehre befindlich sind, z. B. Nießbrauch, ausstehende Forderungen u. dgl. [4]). Ja selbst auch fremde Sachen [5]) kann man verschenken, d. h. die Schenkung wird unter den Parteien dadurch, daß die Sache fremd ist, nicht ungültig und der Beschenkte erhält dann wenigstens einen gerechten Besitzanfang zum Zwecke der Verjährung. — C) Die Schenkung erfordert in der Regel gar keine besondere Form zu ihrer Gültigkeit, außer daß der Beschenkte das Geschenk acceptirt [6]), es mag ihm körperlich übergeben oder nur im Voraus zugesichert werden. Justinian hat die Nothwendigkeit der Acceptation keineswegs aufgehoben [7]). Wenn Jemand (wahrscheinlich

1) l. 28. §. 2. D. de pactis (2. 14.) l. 7. pr. D. de don. (39. 5.)

2) l. 12. §. 3. D. de adm. et per. tut. (26. 7.) l. 7. §. 1. D. de donat. (39. 5.)

3) l. 7. §. 2. 3. D. eod.

4) l. 38. D. de usufructu (7. 1.) l. 22. fin. l. 23. §. 2. C. mand. (4. 35.) l. 3. C. de don. (8. 54.)

5) l. 2. 3. D. pro donato (41. 6.)

6) l. 18. pr. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 10 l. 26. D. de donat. (39. 5.) l. 55. D. de O. et A. (44. 7.)

7) Man wollte dieß aus l. 35. §. 5. C. de donat. (8 54.) schließen; allein die Stelle sagt nichts weiter, als daß die donatio auch ohne traditio klagbar seyn solle. Gundlingiana St. 29. Nr. 4. S. 327—355. C. G. de Winkler pr. de donatione et adversus ejus acc. obs. (Opusc. min. Vol. II. P. 1. p. 99—109.)

bloß der Vater) einem emancipirten Kinde, das noch nicht 7 Jahr alt ist, ein Grundstück gültig schenken will: so soll es mittelst einer schriftlichen Schenkungsurkunde geschehen [1]. — Beträgt eine Schenkung über 500 Solidi (nach Erklärung der Praxis: „Ducaten") [2]: so soll sie, damit Betrug gegen Dritte [3]) verhindert werde, in einem klaren Vortrage gerichtlich angezeigt (insinuirt) werden. Es ist dabei keine Untersuchung [4]) der Zulässigkeit nöthig, mithin kann die Insinuation der Schenkung nach gemeinem Rechte bei jedem Richter geschehen. Sollte die Anzeige unterlassen seyn, so gilt das Geschenk nur bis zu der Summe von 500 Ducaten und in Betreff aller auf Seiten des Beschenkten schon gezogenen Früchte [5]) der geschenkten Hauptsache; was über jene Summe steigt, wird als gar nicht geschenkt angesehen und kann nicht nur vom Dritten [6]) vindicirt, sondern sogar vom Schenkenden [7]) mit einer persönlichen Klage zurückgefordert werden. Mehrere successive Schenkungen müssen getrennt, jede für sich, betrachtet werden [8]). Sind zu gleicher Zeit von Einem Schenker mehrere Schenkungen an Einen oder an Mehrere gegeben worden, und die Summe aller [9]) dieser Schenkungen übersteigt 500 Ducaten: so müssen auch diese mehreren Schenkungen, wenn sie gelten sollen, gerichtlich insinuirt werden; wurden sie aber zu verschiedenen

1) l. 26. C. de don. (8. 54.)

2) Cramer Wetzlar Beiträge 1. B. N. 33. Pufendorf Obs. T. I. Obs. 17.

3) l. 27. C. de don. (8. 54.)

4) Pufendorf T. 4. Obs. 121.

5) l. 9. §. 1. l. 11. D. de don. (39. 5.) Früchte, welche selbst Hauptgegenstand der Schenkung sind, werden allerdings mit zum Anschlag der 500 Ducaten gerechnet werden müssen.

6) Arg. l. 5. §. 18. l. 6. D. de don. int. V. et Ux. (24. 1.) l. 34. §. 2. C. de donat. (8. 54.)

7) l. 7. l. 27. l. 36. §. 3. C. eod. (8. 54.) Weber v. d. natürl. Verbindlichk. §. 77.

8) l. 34. §. 3. C. eod.

9) l. 34. §. 3. C. cit.

Zeiten gemacht und es erhellet nicht eine, durch die Vertheilung ausgeführte, absichtliche Umgehung des Gesetzes [1]) der Insinuation: so ist diese nicht erforderlich. Bei Schenkung jährlicher Einkünfte muß die Insinuation nur dann geschehen, wenn die Gefälle beständig fortdauern sollen, oder der Ertrag, welcher in den vertragsmäßig schon festgesetzten Jahren einkommen wird, in Summa mehr, als 500 Ducaten, ausmacht [2]). Gültig auch ohne Insinuation sind die Geschenke, welche der Regent [3]) oder seine Gemahlin geben oder nehmen, die der Officiere an die Soldaten [4]), Geschenke zur Einlösung [5]) Gefangener, ferner Gaben zum Aufbau eingestürzter oder niedergebrannter [6]) Gebäude, und endlich ein Geschenk, durch das Jemand bloß einen ihm angetragenen Gewinn [7]) ausschlägt und durch seine Freigebigkeit also nicht ärmer wird. Ob das Geschenk über 500 Ducaten einer milden Stiftung gemacht, oder eidlich bestärkt wird, verringert die Insinuationspflicht nicht; denn milde Stiftungen haben dieß Recht nach einer unzweideutigen [8]) Stelle unserer Quellen nicht, und Bestärkung durch Eid kann mit der Insinuation der Schenkung gar nicht collidiren, da letztere bloß zur etwanigen Benachrichtigung dritter Personen [9]) dienen, den Act der Freigebigkeit selbst aber keineswegs confirmiren soll. Eine gegen die guten Sitten anstoßende Schenkung [10]) (donatio

1) Stryk Us. Mod. 39, 5. §. 5.

2) l. 34. §. ult. C. eod.

3) l. 34. pr. C. eod. Nov. 52. c. 2.

4) l. 36. §. 1. C. eod. Dieß scheint jedoch auf unsere Kriegsleute nicht mehr anwendbar zu seyn.

5) l. 36. pr. C. eodem.

6) l. 36. §. 2. C. eod.

7) Voet Comm. ad P. 39, 5. §. 15.

8) l. 19. C. de SS. eccles. (1. 2.)

9) v. Glück Pand. B. 7. §. 550.

10) l. 5. D. de donat. (39. 5.)

inhonesta) ist auch bei uns [1]) gültig, sofern sie schon erfüllt ist, und das inhonestum sich nicht bloß auf Seiten des Empfängers findet. Ist sie noch nicht erfüllt, so kann der Beschenkte nicht auf Erfüllung klagen; und empfing er allein inhoneste, so kann das Geschenk zurückgefordert werden. — Entsteht ein Zweifel, ob ein größerer oder kleinerer Betrag geschenkt sey: so ist die Schenkung streng auszulegen [2]); zweifelt man aber, ob überhaupt eine Schenkung eingegangen sey oder nicht: so müssen die factischen Umstände entscheiden. Die Präsumtion streitet jedoch immer gegen die Eingehung (donatio non praesumitur); auch schon deßwegen, weil in obligatorischen Verhältnissen stets nur die geringste Veränderung im Zweifel angenommen werden soll. Nur ist damit nicht gesagt, daß eine Schenkung nicht auch ohne ausdrückliche Erklärung gemacht werden könnte. Auch wird ausnahmsweise eine Schenkung vermuthet, wenn Vater oder Mutter, welche Kinder haben, die sich von den Früchten ihrer eigenen Güter oder von ihren Arbeiten ernähren können, ihnen dennoch Alimente geben und sich die Rückforderung nicht vorausbedungen haben [3]). — Von den Schenkungen zwischen Ehegatten, Brautleuten, dem Vater und Familiensohne s. unten im Familienrechte. — Angemerkt mag hier noch werden, daß der Römische Soldat seiner [4]) Haushälterin (focaria) nichts schenken sollte, was bei uns unter ganz andern Verhältnissen wohl nicht anwendbar seyn möchte, wenn nicht eine donatio inhonesta nachgewiesen

1) A. M. ist Struben R. B. 4, 130., aber ohne einen wahren juristischen Grund.

2) l. 15. §. 4. D. loc. cond. (19. 2.) l. 25. pr. D. de prob. (22. 3.) c. 6. X. de don. (3. 24.)

3) l. 50. fam. hercisc. (10. 2.) l. 11. C. de negot. gest. (2. 19.)

4) l. 2. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.) Merillii obs. lib. 8. c. 34.

ist; daß ferner der Fiscus Schenkungen, welche aus Chicane gegen Dritte gemacht werden, nicht annehmen solle [1]); endlich daß Schenkungen unter Personen, welche mit einander in unerlaubten ehelichen Verbindungen stehen, confiscirt werden [2]).

III. Folgen der Schenkung.

§. 501.

Die Wirkungen der Schenkung bestehen im Allgemeinen darin, daß der Schenker verbunden ist, dem Beschenkten die geschenkte Sache zu tradiren; der Donatar kann hierauf nach neuerm Rechte klagen, während im ältern Röm. Rechte nur durch die Tradition selbst die Schenkung rechtlichen Bestand erhielt und auf Tradition nicht geklagt werden konnte [3]). Diese Klage des Beschenkten nennt Justinian [4]) actionem ex lege condictitiam, gewöhnlich sagt man condictio ex lege 35. C. de donationibus. Der Schenker hat bis zur Tradition der Sache für dolus und culpa lata [5]), nicht aber für diligentia, zu haften; wenn er sich indessen den Nießbrauch vorbehielt, ist er in Rücksicht auf Leistungen für Fahrlässigkeit wie ein Nießbraucher zu betrachten. Der Schenkende steht für Fehler und Eviction der geschenkten Sache [6]) nicht ein,

1) l. 22. §. 2. D. de jure fisci (49. 14.)

2) l. 32. §. 28. D. de don. int. V. et U. (24. 1.)

3) l. 35. §. 5. C. de don. (8. 54.)

4) Nov. 162. c. 1. §. 1.

5) l. 62 D. de aed. ed. (21. 1.) l. 18. §. 3. D. de don. (39. 5.)

6) l. 62. D. cit. l. 18. §. 3. D. cit. Da im Falle der Schenkung einer bloß der Gattung nach bestimmten Sache nicht durch Ablieferung einer fremden Sache erfüllt werden kann (l. 16. l. 20. l. 38. §. 3. l. 60. D. de solut. (46. 3.): so schließt Schweppe im Falle der Eviction eine erneuete Erfüllungsverbindlichkeit, und scheint sich überhaupt zur Annahme der Evictionsleistung

wenn er dafür einzustehen nicht etwa besonders versprochen hat. — Der Schenkende hat die Wohlthat [1]) der Competenz und darf bei Berechnung derselben sogar seine eigenen Schulden in Abzug bringen, jedoch nicht das, was er vielleicht andern [2]) Personen gleichfalls aus einer Schenkung schuldig wäre. Verzugszinsen [3]) ist er dem Beschenkten auch nicht schuldig. Theils mochte man es für zu hart ansehen, wenn der Schenker dem Beschenkten auch noch Verzugszinsen hätte bezahlen sollen, theils war im ältern Römischen Rechte mit der donatio gewöhnlich eine Stipulation und daher strictum jus, wobei Verzugszinsen nicht vorkommen. Jedoch von Zeit des erhobenen Processes an muß der beklagte Schenker dem Beschenkten omnem causam prästiren, oder Alles was der Kläger gehabt haben würde, wenn er von Anstellung der Klage an befriedigt gewesen wäre. Hierzu sind nach allgemeinen Grundsätzen auch die nach Anstellung der Klage sich ergebenden Früchte und selbst fructus percipiendi [4]) zu rechnen. Daß der Beschenkte auch die frühern Früchte seit der Vollendung des Schenkgeschäftes zu fordern habe, ist irrig [5]).

zu neigen. l. 46. D. de leg. I. (30.) Schweppe Magazin I., 10. d. v. Glück, Pand. B. 20. §. 1119. Dagegen s. Thibaut Civ. Abh. l. 4. und dessen System §. 181. Not. x.

1) l. 19. §. 1. l. 30. l. 49. D. de re judic. (42. 1.) l. 54. D. sol. matr. (24. 3.)

2) l. 12. D. de donat. (39. 5.)

3) l. 22. D. eod. Pufendorf T. 2. obs. 73.

4) l. 38. §. 7. D. de usuris (22. 1.)

5) Man hat dafür, da alle andern Stellen davon schweigen, l. 9. §. 1. D. de don. (39. 5.) l. 41. §. 1. D. de re judic. (42. 1.) citiren wollen; allein mit Unrecht. Die erste Stelle spricht bloß davon, ob Früchte mit in die 500 Ducaten einzurechnen seyen; die andere aber von dem Falle, daß das Eigenthum einer fruchttragenden Sache auf den Beschenkten schon übertragen und nun von diesem gegen den Schenker mit der Realklage, wie gegen jeden dritten Besitzer, geklagt worden war.

IV. Revocation der Schenkung.

§. 502.

Eine Schenkung unter Lebendigen kann wegen ihres Charakters der Unwiderruflichkeit nicht wieder aufgehoben werden [1]), außer wenn dadurch eine Pflichttheilsverletzung herbeigeführt seyn sollte (s. §. 972—974.); oder wegen grober Undankbarkeit des Beschenkten [2]). Jener erste Grund wird im Erbrecht abgehandelt werden. Von dem zweiten hier [3]). — Im ältern Römischen Rechte war die Beurtheilung der groben Undankbarkeit des Beschenkten und ob deßwegen die Schenkung wieder aufgehoben werden könne, lediglich dem Richter anheim gestellt, fand nur für Aeltern [4]) gegen Kinder und auch dann nur Statt, wenn bei Anstellung der Klage noch beide Theile lebten und die Sache noch nicht veräußert war [5]). Justinian aber setzte fest, daß die Wiederaufhebung in folgenden Fällen erkannt werden solle [6]): a) wenn der Beschenkte sich gegen den Schenker grobe wörtliche Injurien zu Schulden kommen lassen; b) wenn er ihn thätlich mißhandelt habe; c) wenn er eine Arglist begangen, durch die des Schenkers Vermögen beträchtlich geschmälert worden ist; d) wenn er ihm nach dem Leben gestellt; e) wenn er bei einer unter einer Auflage gemachten Schenkung, die Auflage nicht erfüllt habe. — Eine Mutter, welche zur zweiten Ehe schreitet, durfte Schenkungen, welche sie ihren Kindern erster Ehe gemacht, vordem gar nicht zurückrufen; in dem neuern Römischen Rechte ist ihr

1) §. 2. I. de don. (2. 7.) l. 2—4. C. de revoc. don. (8. 56.)

2) l. 1. l. 9. 10. C. eod. §. 2. fin. I. cit.

3) Donell. comm. Lib. 14. c. 27—31.

4) l. 9. C. eod.

5) l. 7. C. eod.

6) l. 10. C. eod.

dieses aber erlaubt [1]), wegen a) einer von Seiten des beschenkten Kindes ihr zugefügten Thätlichkeit; b) verübten Lebensnachstellung und c) angewandten Bemühung das ganze Vermögen der Mutter an sich zu reißen. — Das Recht des Widerrufs einer Schenkung ist übrigens von Seiten des Schenkers ein höchst persönliches Recht, und bringt also auch nicht für seine Erben [2]), sondern bloß für den Schenker gegen den Beklagten und, falls derselbe undankbar war, gegen dessen Erben eine Klage hervor [3]). Die zur zweiten Ehe schreitende Mutter kann die Undankbarkeit des beschenkten Kindes erster Ehe aber bloß an ihm, nicht an dessen Erben rächen [4]). Dritte Besitzer der geschenkten Sache können eben so wenig [5]) belangt werden, als Rechte, welche der Beschenkte dritten Personen, während er die geschenkte Sache inne hatte, an derselben eingeräumt hat, durch den Widerruf erlöschen; denn der etwas zu allgemein gefaßte Satz: „das ertheilte Recht erlischt durch Aufhebung der Befugniß des Ertheilers" ist nur dann richtig, wenn das Recht des Ertheilers der Beschaffenheit seines Verhältnisses nach von selbst erlischt, d. h. ohne ein neu hinzutretendes Factum [6]). Der Schenker kann nach geschehener Wiederaufhebung der Schenkung vom Beschenk-

1) l. 7. C. de revoc. don. (8. 56.) Nov. 22. c. 35.

2) Die Revocation der geschenkten habitatio (l. 27. l. 32. D. de don. (39. 5.)) durch die Erben des Schenkers ist nichts Eigenthümliches, sondern erklärt sich geschichtlich aus der lex Cincia. s. v. Savigny Zeitschrift IV. 1. S. 46 ff.

3) l. 1. fin. 7. l. 10. fin. C. eod. Darüber, daß die Klage auch gegen die Erben des Beschenkten gehet, s. Löhr im Arch. f. civ. Prax. Bd. 1. S. 273.

4) Donell. comm. j. c. Lib. 14, c. 29. 30.

5) l. 7. C. cit. Der Ausdruck vindicationis habeat effectum, macht zwar eine scheinbare Schwierigkeit; vindicatio bedeutet hier aber nichts als vindicta. Cujac. obs. 4, 19.

6) Vinnius sel. quaest. Lib. 2. c. 5. fin.

ten auch bloß die Sache selbst, deren Accessionen und noch vorhandene Früchte, und die dem Beklagten dadurch verursachte Bereicherung fordern, aber nicht dasjenige, was verzehrt [1]) oder verbraucht worden ist; wiewohl diese Bestimmung etwas Auffallendes enthält, da doch der Beschenkte wegen eines Vergehens belangt wird. Der Schenker kann im Voraus auf sein Recht des Widerrufs in den gesetzlichen Undankbarkeitsfällen nicht gültig verzichten, weil dieß beim Beschenkten eine Schändlichkeit [2]) voraussetzte und gegen die Moral anstieße. Daß er es nach dem ihm bekannt gewordenen Eintritte der Undankbarkeit könne, leidet keinen Zweifel. — Die früherhin ziemlich allgemeine Annahme, daß Geschenke widerrufen werden dürften, wenn dem bis dahin kinderlosen Schenker noch Kinder nach der Zeit der Schenkung geboren würden, ist bloß aus dem Mißverständnisse eines Rescripts [3]) des Justinianischen Coder entsprungen, welches bei uns keine Anwendung mehr finden kann; sie ist also wissenschaftlich falsch, dennoch aber in particularrechtliche Praxis übergegangen [4]).

V. Besondere Arten der Schenkung.

§. 503.

Der bisher erörterten simpeln Schenkung stehen drei besondere Arten entgegen: die donatio omnium bonorum, die donatio sub modo und die wiedervergeltende (remuneratorische) Schenkung. — Die Verschenkung des ganzen

1) l. 7. C. cit. l. 38. §. 4. 5. D. de usuris (22. 1.)

2) l. 27. §. 4. D. de pactis (2. 14.)

3) l. 8. C. de revoc. don. (8. 56.) Diese Stelle bezieht sich auf das Recht des Patrons gegen seine Freigelassenen; ist auch kein Edict. Donell. ad leg. 8. C. de revoc. don. (Op. T. 9, p. 1527 — 1560.) — Faber, conject. jur. civ. lib. 7. c. 14. 15.

4) Hagemann prakt. Erörterungen. Bd. 6. S. 376.

Vermögens hielten einige Juristen für unzulässig und zwar deßwegen, weil man sich dadurch die Fähigkeit nehme, ein Testament zu machen. Allein [1]) irrig; denn das Römische Recht verbietet keineswegs, sich mittelbar das Testiren unmöglich zu machen [2]). Der Beschenkte, welcher das ganze Vermögen bekommen soll, wird übrigens nicht Erbe (wie beim Erbvertrage), sondern erhält bloß eine Forderung auf die Ablieferung des Geschenks, so daß mithin die Bedingungen und Folgen der Erbschaft hierbei keineswegs eintreten. Auch begreift eine Schenkung aller Güter im Zweifel bloß das gegenwärtige Vermögen [3]), nicht aber auch den zukünftigen Erwerb, schon deßwegen, weil bei Verbindlichkeiten das Mindeste vorauszusetzen ist. Wenn der Schenker einzelne Gegenstände ausdrücklich von seiner donatio omnium bonorum ausgenommen hat: so fällt dieses Ausgenommene an des Schenkers Erben und nicht dem Donatar zu; hat er sich aber bloß Verfügungen für die Zukunft vorbehalten und dennoch bis zu seinem Tode unterlassen: so haben seine Erben dazu kein Recht [4]). — Hat der Schenker Schulden, so gehen diese unmittelbar den Beschenkten nicht an, denn er ist nicht Erbe [5]). Der Schenker kann aber seine Schulden abziehen, denn das ganze Vermögen Jemandes setzt immer den Abzug der Schulden [6]) voraus, auch stimmt dieß mit der Wohlthat der Competenz, welche dem Schenker zusteht, überein.

1) l. 35. §. 4. 5. C. de don. (8. 54.) l. 8. C. de revoc. don. (8. 56.)

2) Faber de error. pragm. dec. 48. err. 6. 7.

3) Arg. l. 7. D. de auro, arg. (34. 2.) Lauterbach colleg. D. Lib. 39. tit. 5. §. 31.

4) Pufendorf obs. T. 4. obs. 48. p. 89.

5) l. 15. l. 22. C. de don. (8. 54.) l. 72. pr. D. de jure dot. (23. 3.) Hasse im Arch. f. civ. Prax. V. S. 28. Elvers Themis, Bd. 1. S. 344.

6) l. 72. pr. D. cit. l. 12. D. de don. (39. 5.) Kind quaest. for. T. 4. s. 34.

Jedoch die nach der Zeit der Schenkung contrahirten Schulden des Schenkers braucht sich der Beschenkte nicht abziehen [1]) zu lassen. Sind Schulden vorhanden, welche der Beschenkte sich allerdings in Abrechnung bringen lassen müßte, die aber der Schenker nicht abgezogen hat und auch nicht abziehen will: so haben die Gläubiger desselben, zu deren Schaden dieß gereichen würde, die actio Pauliana zum Zwecke ihrer Befriedigung gegen den Beschenkten (s. §. 1003.), und die Schenkung soweit wieder aufzuheben, als zu ihrer Bezahlung nöthig ist [2]). — Die donatio sub modo [3]) ist eine Schenkung, welche unter einer ihr wesentlich angehängten Auflage an den Beschenkten geschieht. Ueber das Eigenthümliche eines modus s. §. 121. Die Schenkung mit Auflage trifft factisch sehr oft mit einem Contracte zusammen, zufolge dessen der Eine Etwas giebt, damit der Andere auch Etwas gebe oder thue (Innominatcontract do ut des oder do ut facias). Der Unterschied ist in der That (wenigstens in unserm Rechte nicht mehr) formell nicht zu erkennen und um so schwieriger, als das Römische Recht manches Geschäft Geschenk mit Auflage nennt, das wir meistens zu den Innominatcontracten zählen [4]). Es bleibt bloß eine materielle und ihrer Natur nach unter Umständen schwankende Grenze. Wenn nämlich Leistung und (eine nach Gelde überhaupt möglicher Weise abzuschätzende) Gegenleistung sich in einem Verhältniß der Größe zu einander so verhalten, daß eine Freige-

1) Struben R. B. 1. B. 178.

2) l. 17. §. 1. D. quae in fraudem cred. (42. 8.)

3) Fr. Bergmann de natura donationum sub modo. 1808.

4) l. 8. C. de rer. permut. (4. 64.), wo durch eine angebliche Schenkung eine regelmäßige Leistung des Contrahenten bedungen ist; l. 1. C. de don. quae sub modo (8. 55.), wo gegen eine solche Schenkung Alimente geleistet werden.

digkeit des Leistenden, also ein großer Vortheil für den Beschenkten (ungeachtet des modus) übrig bleibt: so ist das Geschäft donatio sub modo; wenn aber der modus den Beschenkten so belästiget, daß er als Aequivalent der Schenkung füglich angesehen werden kann: so muß die Vereinbarung als Innominatcontract angesehen werden. — Daraus läßt sich auch allein die Frage entscheiden, ob und wieweit eine donatio sub modo zu insinuiren sey. Sie ist Schenkung, soweit sie die Auflage übersteigt; nur soweit kommt sie also bei Berechnung der 500 Ducaten in Betracht [1]). — Der Schenker kann auf Erfüllung der von ihm bei der Schenkung gemachten Auflage und Erstattung des Interesse klagen, — sofern er irgend ein Interesse bei dessen Erfüllung hat, — und zwar mit der actio praescriptis verbis [2]); aber er kann auch, wenn die Auflage nicht erfüllt wird, — was der Zeit und der Sache nach aus den Umständen zu beurtheilen ist, — die Schenkung zurückfordern, da nicht nur kein Grund da ist, das was in der donatio sub modo wirklich Geschenk ist, anders zu beurtheilen, als bei der simpeln Schenkung, sondern auch bei Schenkungen unter Auflage die Nichterfüllung der letztern als eine grobe Undankbarkeit insbesondere angesehen wird [3]). Aber darum hat doch der Erbe des Schenkers das Recht der Zurückforderung nicht [4]). Es kann auch nicht wegen bloßer Reue, noch wegen eines, den Beschenkten ohne dessen Schuld an der Erfüllung der Auflage hindernden, reinen Zufalles die Zurückforderungsklage an-

1) l. 25. C. de don. (8. 54.) Merenda, controv. jur. lib. I. c. 15. Nr. 1. 2. p. 21.

2) l. 6. l. 8. C. de rer. permut. (4. 64.) l. 9. l. 22. C. de don. (8. 54.)

3) l. 2. 3. 6. 8. C. de cond. ob caus. dator. (4. 6.) l. 1. C. de don. quae sub mod. (8. 55.) l. 10. C. de revocand. don. (8. 56.)

4) l. 10. C. cit.

gestellt werden [1]). Diese ist hier wieder die condictio ob causam datorum [2]). Jedoch hat der Schenker, wenn die Auflage in seiner eigenen Alimentation besteht, auch die rei vindicatio zur Zurücknahme des Geschenks [3]); eine einzelne Bestimmung, welche nicht weiter ausgedehnt genommen werden kann. — Der Schenker kann übrigens in jedem Falle auf den von ihm gemachten modus Verzicht leisten, wie sich von selbst versteht. Sofern die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht ist, hat dieser im Allgemeinen dennoch keine Klage gegen den Beschenkten; denn aus einem Pactum kann kein Dritter eine Klage erhalten. Aber das Röm. Recht [4]) giebt dem Dritten, wenn der modus so gestaltet ist, daß ihm vom Beschenkten eine in der fraglichen donatio sub modo enthaltene Sache herausgegeben werden solle, eine persönliche Klage (praescriptis verbis) gegen den Donatar. — Die remuneratorische Schenkung ist eine solche Schenkung, welche man zu Vergeltung von Diensten oder Wohlthaten giebt, und unterscheidet sich von dem Ersatze oder der Gegenleistung bei onerosen Geschäften dadurch, daß eine rechtliche Schuldigkeit der Remuneration nicht zum Grunde liegt [5]). Man kann nicht in Abrede stellen, daß der Begriff der Schenkung hier wenig begründet sey. Viele Juristen wollen daher die Eigenheiten der Schenkung auf die remuneratorische nicht anwenden, weil diese keine wahre

1) l. 10. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.)

2) l. 2. 3. C. eod. l. 3. C. de don. quae sub modo (8. 55.)

3) l. 1. C. eod.

4) l. 3. C. eod. Es ist keine Realklage, oder ausgedehnte rei vindicatio; denn diese hat selbst nicht einmal der Schenker, der ja auch nur praescriptis verbis klagen kann. Faber, de err. pragm. dec. 47. err. 7—9.

5) l. 19. §. 1. D. de don. (39. 5.)

Schenkung sey [1]). Aber unsere neuern Rechtslehrer sehen sie allerdings als Art der Schenkung an [2]). Das Römische Recht giebt keine reine Entscheidung über diese verschiedenen Meinungen [3]). Die Römer nahmen aber auf Pflichten überhaupt und besonders auf die Pflichten der Dankbarkeit in rechtlichen Verhältnissen so viel Rücksicht, daß sie darauf eine unbestimmte obligatio naturalis [4]) gründeten und aus diesem Gesichtspuncte ist die remuneratorische Schenkung zu betrachten. Man kann mithin zu derselben nicht genöthigt werden, hat man sie aber einmal gemacht, so gilt sie wie jede simple Schenkung und außerdem bringt sie, wenn die Erfüllung geschehen ist und zurückgefordert werden sollte, eine Einrede der natürlichen Verbindlichkeit mit sich; weßhalb sie nur auf den Fall des Zurückforderns wichtig wird. Zu bemerken ist bloß, a) daß, wenn eine über 500 Ducaten hinausgehende remuneratorische Schenkung nicht insinuirt [5]) ist, auch nicht auf Erfüllung geklagt werden, die erfüllte aber dennoch wegen der Einrede der natürlichen Verbindlichkeit nicht zurückgefordert werden kann. b) Gegen Personen, welche sich unter einander [6]) nicht beschenken oder überhaupt gar nicht [7]) schenken dürfen, kann auch auf eine remuneratorische Schenkung nicht ge-

1) Stryk D. de benemeritis (D. Francofurt. T. IV. n. 8.) c. 4.

2) Schildener D. de differentiis inter donat. simpl. et remun. spur. 1798.

3) l. 25. §. 11. D. de her. pet. (5. 3.) l. 27. l. 34. §. 1. D. de donat. (39. 5.)

4) l. 25. §. 11. D. cit. l. 54. §. 1. D. de furtis (47. 2.) l. 27. l. 34. §. 1. D. de don. (39. 5.)

5) Pufendorf T. 1. obs. 18. T. 2. ob. 5. §. 5.

6) l. 7. §. 2. D. de don. int. V. et U. (24. 1.)

7) Nicht widersprechen l. 25. D. de min. (4. 4.) und l. 12. §. 3. D. de adm. et peric. tut. (26. 7.), welche auf remuneratorische Geschenke theils nicht zu beziehen seyn möchten, theils die Einrede der obligatio naturalis nicht ausschließen. Giphanius Lectur. Altorph. in tit. D. et C. etc. ad leg. penult. Dig. de donat. Nr. 22—29.

klagt werden, doch kann die von ihnen erfüllte ebenfalls nicht zurückgefordert werden. c) Die Wohlthat der Competenz gilt bei dieser Schenkungsart auch, denn diese hat mit der Zurückforderung keine Verbindung. d) Auch bei dieser Schenkung können keine Verzugszinsen gefordert werden, denn die Klage ist stricti juris. e) Wegen Undankbarkeit kann sie nicht zurückgefordert werden, denn ihr steht wieder die obligatio naturalis entgegen [1]). — Sind Dienste oder Wohlthaten erzeigt, so kann der Erzeiger eine nachherige Schenkung dessen, dem er sie erzeigte, als remuneratorisch ansehen [2]); muß aber, wenn diese Eigenschaft relevant und geleugnet wird, den Beweis der Erzeigung jener Dienste oder Wohlthaten führen, widrigenfalls ihm die Vortheile der angeblich erworbenen obligatio naturalis entgehen.

Zweite Abtheilung.

Von der Pollicitation [3]).

§. 504.

Von dem Satze, daß bloße Versprechungen keine Verbindlichkeit, welche klagbar wäre, hervorbringen, macht die Pollicitation und das Versprechen an fromme Anstalten eine Ausnahme. Unter Pollicitation versteht man zwar im weitern Sinne jedes Versprechen, und vorzüglich dasjenige, welches der Stipulation oder einer andern klagbar machenden Form entbehrte; im engern Sinne aber bedeutet Pollicitation das Versprechen an den Staat oder eine Ge-

1) l. 34. §. 1. D. de don. (39. 5.)

2) l. 26. pr. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 8. D. in quibus caus. pign. (20. 2.)

3) v. Bynkershoek obs. lib. 6. c. 13.

meinde oder ein anderes öffentliches Institut, ein Werk zu errichten oder eine Summe zu zahlen [1]). Jeder, welcher Verträge abschließen kann, darf sie eingehen, und auch in Rücksicht des Objectes kommt die allgemeine Lehre von den Verträgen hier in Anwendung. Einer Annahme bedürfen diese Versprechen [2]) nicht, müssen aber nicht in Abwesenheit oder schriftlich, sondern von einem Anwesenden geleistet [3]), und nicht, wie eine Schenkung, ohne weitern Grund, sondern durch besondere, nachher wirklich eintretende, Ursachen motivirt [4]) seyn, wenn sie, unausgeführt, Klagbarkeit haben sollen. Ist aber das versprochene Werk auf Seiten des Promittenten oder der Respublica schon begonnen: so ist auch ohne Gründe das Versprechen klagbar [5]). Auch ist der Promittent zu Verzugszinsen [6]) verpflichtet; er kann sich aber von der ganzen Verpflichtung der Haupt- und Zinsenleistung, im Falle seiner Verarmung, durch Erlegung des fünften Theils seines ganzen Vermögens befreien [7]). Sein Erbe ist im Allgemeinen zur Erfüllung der Pollicitation nicht verbunden [8]), weil man sie vorzüglich als eine persönliche Ehrenschuld ansah; jedoch muß er auf die Ausführung eines vom Pollicitanten angefangenen Werkes, das derselbe zu vollenden oder zu dem er das Geld herzugeben versprochen, mindestens, — wenn er der Descendent des Pollicitanten ist, ein Zehnttheil, — wenn er ein anderer Erbe ist, ein Fünftheil der Erbschaft verwenden [9]). — Ist die Pollicitation aber eine Remuneration für eine dem Versprechenden von der respublica

1) l. 1. pr. D. de pollic. eod. (50. 12.)
2) l. 3. pr. D. eod. Pufendorf Obs. 3, 175.
3) l. 5. D. eod.
4) l. 1. §. 1. l. 4. l. 7. D.
5) l. 1. §. 4—5. D. eod.
6) l. 1. pr. D. eod.
7) l. 9. D. eod.
8) l. 6. pr. D. eod.
9) l. 9. l. 14. D. eod.

wirklich ertheilte Auszeichnung (propter honorem): so ist der Versprechende sowohl, als dessen Erben an die Pollicitation wie an jede andere Schuld gebunden [1]). — Für einen frommen oder religiösen Zweck sind Versprechungen (vota, Gelübde) alsdann verbindlich, wenn die gelobte Sache abgeliefert [2]) worden ist. Ueberhaupt werden sie nach Aehnlichkeit der Pollicitationen an eine respublica beurtheilt werden müssen. — Auslobungen oder Versprechen von Belohnungen für bestimmte noch zukünftige Dienste an eine unbekannte Person, z. B. Prämien für einen Fund oder eine Anzeige, sind nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Sie bringen erst dann eine Verbindlichkeit zur Erfüllung mit sich, wenn die Dienstleistung in erforderlichem Maße geschehen ist. Bis der Dienst geleistet ist, kann der Auslobende sein Versprechen widerrufen, und es findet bis dahin ein Vertrag für ihn gar nicht Statt.

Dritte Abtheilung.

Vom Trödelvertrage.

§. 505.

Der Trödelcontract (ästimatorischer) ist ein Innominatcontract [3]), welchem zufolge Jemand eine Sache zum Verhandeln empfängt, um entweder sie selbst wiederum zurückzuliefern [4]), oder dafür einen Preis zu verschaffen, welcher genau bestimmt, oder auch nur ungefähr angedeutet seyn kann. Der Empfänger bekommt durch diesen Vertrag

1) l. 6. pr. l. 9. l. 11. l. 14. D. eod.
2) l. 2. D. eod.
3) l. 1. D. de aestimator.
(19. 3.) v. Glück Pand. Bd. 18. §. 1065. S. 61—64.
4) l. 1. D. cit.

das Eigenthum [1]) nicht, das erst dann auf den neuen Inhaber übergeht, wenn der Vertauscher befriedigt ist [2]). Auch die Gefahr trifft ihn nur, wenn er sie besonders übernommen [3]), oder wenn er um die Eingehung des Trödelgeschäfts gebeten, oder endlich wenn er einen bestimmten Preis für die Sache zu schaffen versprochen hat [4]). Uebrigens haftet er für Arglist und Fahrlässigkeit [5]). Es kann ihm ein Lohn bedungen werden [6]); ohne diese Ausbedingung kann er ihn aber nicht fordern. Ist ihm ein bestimmter Vertrödelungspreis gesetzt: so braucht er, auch ohne besondere Abrede, das nicht herauszugeben, was er mehr erhält [7]). Die Umstände müssen entscheiden, ob im Falle eines Zweifels der Trödelvertrag oder ein [8]) Mandat, oder ein anderes verwandtes Geschäft Statt gefunden habe [9]). Eben so kann es bloß nach den Umständen entschieden werden, ob der Trödler für seine etwanige Auslage beim Verkauf vom andern Contrahenten Ersatz verlangen kann, oder sich an seinem Profite (wenn er dessen gemacht hat) begnügen muß. Die Klage aus dem ästimatorischen Contracte heißt sowohl für den Hergeber der Sache als für den Trödler actio praescriptis verbis aestimatoria [10]) oder de aestimato. — Bei uns wird der Commissionshandel nach den Grundsätzen des Trödelvertrags sich richten müssen.

1) v. Glück a. a. O. S. 67—72.

2) l. 5. §. 18. D. de tribut. act. (14. 4.)

3) l. 1. §. 1. D. de aestim. (19. 3.)

4) l. 5. §. 3. D. commod. (13. 6.) l. 17. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.)

5) l. 17. §. 1. D. cit.

6) l. 2. D. de aestim. (19. 3.)

7) l. 1. §. 1. D. eod.

8) Ueber den Unterschied vom Mandat s. J. H. Boehmer de transl. domin. in contr. aestim. §. 13—23. (Ex. ad P. T. 3.)

9) v. Glück a. a. O. §. 1066.

10) l. 1. 2. D. eod. v. Glück a. a. O. §. 1067.

Vierte Abtheilung.

Vom Pönalvertrage.

§. 506.

Man nennt eine Leistung, welche für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrags durch einen Nebenvertrag (den Pönalvertrag) unter den Parteien verabredet worden ist, eine Conventionalstrafe, und man verabredet sie, um desto sicherer auf Erfüllung des Hauptvertrags rechnen zu können und die nachherige Forderung für das Interesse zu ersparen. Sie ist vom Reukaufe dadurch unterschieden, daß dieser im Falle der Rückgängigkeit des Geschäfts zum Besten des Promittenten, die Conventionalstrafe aber zum Vortheil des Stipulanten ausgemacht wird. Sie ist sowohl bei obligatorischen als liberatorischen Verträgen zulässig, ja sogar bei übrigens [1]) ungültigen Verabredungen, wenn diese nur nicht zum Zwecke der Begehung einer unerlaubten oder unmöglichen Handlung abgeschlossen sind [2]). Ein Vertrag, der gesetzlich ganz ohne Nöthigung eingegangen werden soll, z. B. Verlöbnisse, darf ebenfalls nicht mit einer [3]) Conventionalstrafe begleitet werden. — Gewöhnlich ist der übrigens beliebige [4]) Gegenstand der Conventionalstrafe Geld, z. B. ein höherer Zinsfuß, welcher jedoch eben so wenig über das gesetzliche Maß [5]) hinausge-

1) §. 19. 21. I. de inutil. stip. (3. 20.) l. 38. §. 1. 2. 17. D. de V. O. (45. 1.) — Ist die Verabredung über eine Conventionalstrafe aus irgend einem Grunde ungültig, so ändert dieß am Hauptvertrage nichts, — wie sich von selbst verstehet.

2) l. 69. D. de V. O. (45. 1.) Donell. comm. lib. 12. c. 18.

3) l. 61. l. 134. pr. D. eod. l. 5. fin. C. de sponsalibus (5. 1.) l. 2. C. de inutil. stipul. (8. 39.)

4) l. 11. §. 2. D. de receptis (4. 8.)

5) l. 1. §. 3. D. de pignor. et hyp. (20. 1.) l. 9. §. 1. D. de usuris (22. 1.)

hen darf, als überhaupt verbotene Handlungen, welche der Verpflichtete im Falle seines Rücktritts vom Vertrage sich gefallen lassen sollte, gültig als Strafe verabredet werden können [1]). Die Größe der Strafe ist übrigens dem Paciscenten überlassen [2]) und man kann damit allerdings über das Interesse des Hauptcontracts hinausgehen; jedoch bedarf die Strafe, die wegen verspäteter Lieferung von Fungibilien verabredet wird, den Betrag erlaubter Verzugszinsen nicht übersteigen, weil sie sonst zum versteckten Zinswucher würde [3]). — Wenn der Vertrag, welchem man eine Conventionalstrafe angehängt hat, eine zu bestimmter Zeit zu leistende positive Handlung bezweckt: so bewirkt Verzug des Verpflichteten die Strafe [4]) sogleich und der Eintritt eines bestimmten Zahlungstages hat diese Wirkung ohne weitere Mahnung [5]). Theilweise Erfüllung hebt dieß nicht auf, wenn sie hebt den Verzug [6]) nicht auf. Ist kein Erfüllungstag bestimmt, so verfällt die Strafe zwar, sobald die Erfüllung nicht sogleich erfolgt; es findet aber, wenn der Kläger keinen Schaden leidet, bis zur Klage Nachholung des Versäumten Statt [7]). Sollte die Hauptverbindlichkeit in einer Unterlassung bestehen, so ist die Srafe durch das Begehen der zu unterlassenden Handlung verwirkt; bestand die Unterlassung jedoch in Verzicht-

1) R. Pol. Ord. v. 1577. Tit. 35. §. 7.

2) l. 56. pr. D. de evict. (21. 2.) Donell. comm. lib. 26. c. 24.

3) l. 13. §. 26. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 9. pr. l. 44. D. de usur. (22. 1.) l. 15. C. de usur. (4. 32.)

4) l. 72. §. 2. l. 115. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

5) l. 23. D. de O. et A. (44. 7.) l. 12. C. de contr. et comm. stip. (8. 38.) Eine früher eintretende Gewißheit der Nichterfüllung führt die Strafe nicht herbei. l. 8. D. de V. O. (45. 1.) Cujacius ibidem.

6) l. 47. D. de A. E. V. (19 1.) l. 5. §. 4. l. 85. §. 6. D. de V. O. (45. 1.)

7) l. 84. l. 122. §. 2. D de V. O. (45. 1.) l. 21. §. 12. l. 22. l. 52. D. de recept. (4. 8.) Cujacius ad l. 23. D. de O. et A. (Tract. ad Africau. c. 7.)

leistung einer Forderung: so tritt die Conventionalstrafe nicht bei außergerichtlichem Mahnen, sondern erst bei Anstellung der gerichtlichen Klage ein, weil dadurch erst gewiß wird, daß der Gläubiger nicht wirklich beim Verzichte beharren will. — Conventionalstrafe und Vertragserfüllung können, wenn nicht das Gegentheil [1]) verabredet ist, nur alternativ gefordert werden, sowohl in obligatorischen [2]), als in liberatorischen [3]) Verträgen. Hat aber Jemand, welcher die Conventionalstrafe wählt, schon einige Leistungen des Vertrags selbst erfüllt: so kann er deren Betrag vom Andern ebenfalls wieder fordern [4]). — Der Promittent hat nicht die Wahl, ob er erfüllen oder die Strafe bezahlen wolle; denn gerade um ihn fester an die Erfüllung zu binden, ist der Pönalvertrag eingegangen [5]). Hat er also die Strafe einmal verwirkt, so hängt es von der Wahl des Stipulanten ab, welchen Theil der Alternative [6]) derselbe begehrt, und der Promittent kann sich durch noch

1) Es können aber die Parteien sehr wohl verabreden (im Röm. Rechte mit der Clausel rato manente pacto), daß Erfüllung und Conventionalstrafe zugleich in einem gewissen Falle sollen gefordert werden können, l. 16. D. de transact. (2. 15.) l. 17. C. eod. (2. 4.) l. 115. §. 2. fin. D. de V. O. (45. 1.), und eine solche Abrede liegt darin stillschweigend, wenn ausgemacht ist, daß schon im Falle zu später Erfüllung eine Conventionalstrafe gegeben werden solle. — Es kann ja auch gerade auf den Fall der Bestreitung des Geschäfts gegen den Bestreitenden eine Strafe bedungen seyn. l. 122. §. 6. D. eodem.

2) l. 41. 42. D. pro socio (17. 2.) l. 28. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 4. §. 7. D. de doli mali et m. exc. (44. 4.) v. Glück Pand. Bd. 4. §. 340.

3) l. 10. §. 1. D. de pactis (2. 14.) l. 12. §. 2. D. de pactis dotalibus (23. 4.) l. 14. C. de pactis (2. 3.)

4) l. 40. C. de transact. (2. 4.)

5) l. 10. §. 1. D. de pact. (2. 14.) l. 40. C. cit.

6) l. 4. §. 2. de leg. comm. (18. 3.) Der Berechtigte kann auch auf die Strafe verzichten und diese Verzichtleistung liegt z. B. auch schon in der Wahl oder Annahme der Erfüllung. l. 10. D. de eo quod certo (13. 4.) l. 6. §. 7. l. 7. D. de leg. comm. (18. 3.)

so schnelle Nachholung der Befriedigung seiner [1]) Vertragsverbindlichkeit nicht frei machen; dem Stipulanten steht aber außer jener Wahl noch frei, die Conventionalstrafe, oder statt derselben das Interesse, welches er beweisen kann, zu fordern, ja sogar, wenn er das Mindere von diesen beiden genommen haben sollte, die Differenz noch nachzufordern [2]). — Uebrigens entbinden alle Gründe, welche die mora ausschließen oder welche von der Hauptverbindlichkeit frei machen, auch von der [3]) Conventionalstrafe. — Es ist offenbar ein müssiger Streit, welchen man darüber geführt hat, ob die Verabredung einer Conventionalstrafe eine Novation der Hauptverbindlichkeit hervorbringe. Da zwischen Beiden dem Stipulanten die Wahl bleibt, so ist die Hauptverbindlichkeit durch die Verabredung der Conventionalstrafe keineswegs als aufgehoben [4]) zu betrachten; ist aber die Conventionalstrafe nach geschehener Auswahl [5]) bezahlt worden, so existirt die Hauptverbindlichkeit nicht mehr. — Eine Klage auf die Strafe gab es bei den Römern, nur im Falle sie durch eine Stipulation ausgemacht war; bei uns ist es eine gewöhnliche Klage aus dem Pactum.

1) l. 23. pr. D. de receptis (4. 8.) l. 23. D. de O. et A. (44. 7.) verb. „de illo" —. Zwar scheint l. 122. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) zu widersprechen; aber es ist darin bloß eine regelwidrige Bestimmung zu Gunsten der Freiheit getroffen.

2) l. 41. 42. D. pro socio (17. 2.) l. 28. D. de A. E. V. (19. 1.)

3) l. 9. §. 1. D. de usur. (22. 1.) l. 8. D. de leg. comm. (18. 3.) l. 21. §. 8. 9. D. de receptis (4. 8.) l. 69. D. de V. O. (45. 1.) l. 1. C. de recept. arb. (2. 56.)

4) l. 8. C. de nov. et deleg. (8. 42.)

5) Von diesem Falle der Bezahlung nur redet die l. 44. §. 6. D. de O. et A. (44. 7.)

Fünfte Abtheilung.

Vom Constitutum.

§. 507.

Das was man jetzt **Constitutum debiti proprii** (auch **Constitutum promissorium**) nennt, beruhet auf folgenden Römischen Rechtsprincipen. — Das bekanntlich bei den Römern unklagbare pactum nudum wurde klagbar, wenn zu ihm noch ein Versprechen hinzutrat. Ein solches zu einer ältern entweder fremden oder eigenen Verbindlichkeit hinzutretendes Versprechen hieß constitutum und die Klage aus demselben actio de pecunia constituta [1]). Betraf es eine fremde Schuld, so war es eine Art Intercession (s. §. 515.); betraf es eine eigene Schuld: so entstand ein Geschäft, das ebenfalls seine Eigenthümlichkeiten hatte. Denn theils wurde die ältere Verbindlichkeit, wenn es ihr an Klagbarkeit fehlte, dadurch klagbar, theils entstand dadurch eine festsetzende Abrechnung, an welche sich der Gläubiger, wenn er nicht die alte Schuld vorzog, nach Belieben halten konnte. Das Bedürfniß einer zur Aufklärung unter Gläubiger und Schuldner dienenden Abrechnung mußte zu derselben und zu einem neuen Versprechen leicht führen; giebt aber auch die Erklärung der Eigenthümlichkeiten des Constitutum der eigenen Schuld an die Hand. — Vorausgesetzt wird dabei eine gültige Verbindlichkeit, in dem Maße, daß das Constitutum, wenn eine irrige Schuld ihm zum Grunde gelegt seyn sollte, ebenfalls nicht gilt [2]); daß jedoch eine

1) §. 8. 9. I. de act. (4. 6.) l. 1. §. 1. l. 16. §. 2. l. 18. §. 1. l. 26. D. de pec. const. (13. 5.)

2) l. 3. §. 1. l. 31. D. de pec. const. (13. 5.) l. 2. pr. fin. C. de const. pec. (4. 18.) Einreden aus der alten Schuld stehen der constituirten überhaupt nur dann entgegen, wenn ihr Grund sich auf das Constitut erstreckt. l. 3. pr. D. eod.

bloß naturaliter gültige Schuld [1]) zur Begründung des Constituts hinreicht. Der Gegenstand der Schuld ist übrigens gleichgültig, obwohl im frühern Röm. Rechte verbrauchbare oder vertretbare Sachen dabei vorausgesetzt wurden; welche, durch Justinian [2]) abgeänderte, Bestimmung einen Fingerzeig giebt, daß das Constitut der eigenen Schuld anfangs vermuthlich bloß zur Abrechnung auf Borg gegebener Consumtibilien gebraucht werden mochte. Daß der Constituent eine Person seyn mußte, welche Fähigkeit hatte [3]), sich zu verpflichten, wurde wohl deßhalb besonders hervorgehoben, damit nicht etwa eine neue bloß naturaliter geltende Obligation durch das Constitut eingegangen würde. Nach älterm Rechte mußte sich das Constitut an die frühere Schuld möglichst genau anschließen; deßhalb soll noch jetzt dem Betrage (Quantum) nach das Constitut bloß die vorige Verbindlichkeit oder weniger [4]) begreifen, wenngleich es auf einen andern nicht werthvollern zu gebenden Gegenstand [5]) gerichtet werden kann, sowie auf Aenderung der Zeit und des Ortes der Zahlung, ja auch auf einen andern, als der bisherige [6]) Gläubiger. Daher kann auch durch das Constitut eine alterna-

1) l. 1. §. 7. 8. l. 3. pr. D. eod. Ob die Schuld wenigstens naturaliter gültig war, muß nach dem Zeitpuncte erwogen werden, in welchem das Constitut gemacht wird. l. 18. §. 1. l. 19. §. 2. D. eod.

2) l. 2. pr. C. eod. Durch diese Abänderung und durch die Aufhebung der frühern Beschränkung der Klage auf ein Jahr hat Justinian dem receptum und der actio receptitia (s. Schweppe Rechtsgeschichte §. 315. 316.) beim Constitut eines Argentarius die Auszeichnung genommen. Theophil. ad §. 8. I. de act. (4. 6.) v. Glück Pand. B. 13. §. 849. S. 365—372.

3) l. 1. §. 2. D. eod.

4) l. 11. §. 1. l. 12. 13. D. eod. Daß, wenn mehr constituirt worden ist, die Umstände vielleicht den Rest als Schenkung nachweisen können, ist damit nicht ausgeschlossen. v. Glück Pand. Bd. 13. S. 396.

5) l. 1. §. 5. l. 3. §. 2. l. 4. 5. pr. D. eod.

6) l. 5. §. 2. D. eod.

tive Verbindlichkeit in eine einfache [1]) verwandelt, oder eine betagte oder bedingte Schuld in eine reine umgeschaffen werden. Nach älterm Rechte ging dieß zwar nicht an, allein Justinian [2]) hat es gestattet. — Das Constitut wirkte eine neue Obligation neben der ältern, aber es brachte keine Novation hervor; vielmehr wird die ältere durch die neuere bloß verstärkt. Nach früherm Röm. Rechte verlangte man zur Novation immer die Form der Stipulation und diese findet sich beim Constitute nicht; daher konnte das Constitut keine Novation [3]) bewirken. Eine Folge davon ist, daß durch das Constitut eines correalischen Schuldners die übrigen Mitschuldner desselben nicht befreiet werden. Die Eigenthümlichkeit aber, daß das Constitut eines correus stipulandi [4]) seinen Mitgläubigern schadet, scheint aus dem oben angedeuteten Ursprunge des Constituts erklärlich. — Uebrigens verlor das Constitut, wenn es einmal bestand, an seiner Gültigkeit nichts, wenn auch nachher die ältere Verbindlichkeit aufgehoben wurde [5]). Nach einer besondern Bestimmung des Edictes macht eine mora des Berechtigten ihn der actio de constituta pecunia verlustig [6]). — Alle obigen Grundsätze des neuern Röm. Rechts sind noch jetzt gültig, nur daß die Klagbarkeit jedes Pactes bewirkt, daß es eines Constituts nicht mehr bedarf, um diese Klagbarkeit erst hervorzubringen. Namentlich enthält auch bei uns das Constitut noch keine Novation und es muß daher dem Gläubiger verstattet bleiben, nach seiner Wahl aus der alten oder aus

1) l. 25. pr. D. eod.
2) l. 4. l. 19. pr. D. eod. l. 2. pr. med. C. eod.
3) l. 18. §. 3. D. eod.
4) l. 10. D. eod.
5) l. 18. §. 1. l. 19. §. 2. D. eod.
6) l. 16. §. 2—4. l. 17. l. 18. D. eod. Donelli comm. 13, 22. v. Glück Pand. B. 13. §. 852. a. S. 414—422.

der constituirten Obligation zu klagen. Falls aber die Parteien ausdrücklich bestimmt haben, die alte Obligation solle aufhören und die neue an deren Stelle treten: so ist eine Novation vorhanden und es kann bloß noch aus dem Constitut geklagt werden. — Bei der Beziehung auf eine frühere Obligation ist noch zu bemerken, daß das Constitut nicht gültig seyn kann, wenn jene (die frühere) abzuschließen dem Versprechenden verboten, oder auch wenn sie so nichtig gewesen ist, daß selbst wissentlich geschehene Bezahlung dennoch die Rückforderungsklage zugelassen haben würde. Wird endlich das Constitut in der irrigen Meinung von Seiten des Versprechenden abgeschlossen, daß die frühere Verbindlichkeit, obgleich sie ungültig war, eine gültige sey: so ist das in einem so wesentlichen Irrthum eingegangene Constitut ebenfalls ungültig und hat der irrende Schuldner daraus bezahlt, so kann er sich der condictio indebiti zur Zurückforderung bedienen [1]). — Ein mit dem Constitutum verbundener, jedoch über dessen Grenzen hinausgehender Vertrag wird in Deutschland jedenfalls actio ex pacto haben, wenn er sonst rechtsbeständig ist, sollte auch die actio de constituta pecunia nicht mehr passend seyn.

Sechste Abtheilung.

Von der Intercession.

I. Begriff der Intercession.

§. 508.

Intercession ist ein Vertrag mit dem Gläubiger eines Dritten, durch welchen man freiwillig für diesen Dritten

1) Weber syst. Entw. der Lehre v. d. nat. Verbindlichkeit. 4te Ausg. §. 124—127. S. 551—565.

dessen Verbindlichkeit gegen den mitpaciscirenden Gläubiger übernimmt. Es gehört zum Begriffe der Intercession, daß der Intercedent eine Verbindlichkeit übernimmt, daß er dieselbe nicht ohne die Intercession zu tragen hat, daß er sie für einen andern Schuldner eingehet und daß es übrigens auf die Gestaltung der übernommenen Verbindlichkeit nicht ankommt. — Das Verhältniß, welches der Intercedent eingehet, muß also zunächst eine obligatorische Verbindlichkeit seyn, kein anderes; namentlich ist die Handlung der vorher nicht versprochenen [1]) Bezahlung für Jemand keine Intercession, sondern nur das Versprechen, bezahlen zu wollen, (welches dann freilich zu jener Handlung als seiner Folge oft hinführt), ist als Intercession anzusehen. Es ist auch keine Intercession [2]), wenn Jemand seine Sachen statt Zahlung für einen Andern hingiebt, oder sie verkauft, um dafür die Schulden eines Andern zu bezahlen; eben so wenig als wenn man seinen Schuldner deligirt, d. i. ihn anweist die Schulden eines Andern zu bezahlen. — Ferner ist die Erlassung einer zustehenden Forderung oder die Verzichtung auf eine Hypothek, welche dem Verzichtleistenden zustand, keine Intercession zu nennen [3]). Dagegen ist es gleichgültig, ob man sich persönlich für Jemand verpflichtet oder ob man Bürgschaft mittelst Pfandbestellung für ihn leistet [4]). — Hat der Intercedent auch ohne seine Intercession aus irgend einem Rechtsgrunde die Verbindlichkeit, schon zu vertreten, welche er durch die Intercession nochmals übernom-

1) l. 4. §. 1. l. 21. §. 1. D. ad SC. Vellej. (16. 1.) l. 1. l. 9. init. C. ad SC. Vellej. (4. 29.)

2) l. 5. l. 8. §. 5. D. eod. l. 4. fin. C. eod. (4. 29.)

3) l. 8. pr. D. eod. l. 11. l. 21. C. eod.

4) l. 5. l. 7. C. eod. l. 8. pr. D. eod.

men hat: so ist dieß keine wahre Intercession [1]); denn diese setzt die Uebernahme einer für den Intercedenten neuen Verbindlichkeit voraus. Es ist daher keine Intercession, wenn ein Schuldner sich von seinem Gläubiger durch Delegation an einen andern Gläubiger verweisen läßt; wenn aber ein Nichtschuldner sich delegiren läßt: so ist die Handlung desselben für ihn allerdings eine Intercession [2]). — Die Verbindlichkeit muß, um das hier zu erklärende Geschäft hervorzubringen, auch wirklich für einen Andern übernommen seyn. Mithin heißt es nicht intercediren, wenn man eine Verbindlichkeit übernimmt, die sonst [3]) Niemanden zur Last fallen würde, oder wenn man zwar fremde Verbindlichkeiten, aber nicht bloß für den Andern sondern zu eigenem [4]) Vortheile übernimmt. Geht man die bloße Gefahr eines Geschäfts für einen Andern, ein, und es ist dabei keine Uebernahme vorhandener oder künftiger fremden Verbindlichkeiten: so hat der Gefahrübernehmende, wenn der Fall der drohenden Gefahr eintritt, bloß die erst von ihm selbst geschaffene Verbindlichkeit, den Gefährdeten zu entschädigen [5]). Besteht aber die Gefahr, welche man zu tragen eingeht, darin, daß man eintretenden Falls für den Gefährdeten bezahlen [6]) wolle: so liegt hierin allerdings eine Intercession. — Es ist endlich für diesen Begriff gleichgültig, ob der Intercedent sofort an die Stelle des Schuldners eintritt, für welchen er intercedirt, oder ob er sich für diesen nur verbürgt; ob er eine schon gegenwärtige Verbindlichkeit oder eine erst zukünftige für

1) l. 3. l. 13. pr. l. 22. l. 25. D. eod. l. 2. l. 6. pr. C. eod.

2) l. 8. §. 2. l. 17. pr. l. 24. pr. D. eod. l. 2. fin. C. eod.

3) l. 13. pr. l. 32. pr. D. eod.

4) l. 13. l. 17. §. 2. l. 19. §. 3. l. 27. §. 2. D. eod.

5) l. 8. §. 1. l. 19. pr. §. 1. 2. D. eod.

6) l. 19. §. 4. D. eod. l. 6. §. 1. 2. C. eod.

einen Andern auf sich ladet [1]). Wenn es z. B. gewiß ist, daß Jemand einen Vertrag, aus dem für ihn Verbindlichkeiten entspringen, jedenfalls geschlossen haben würde, und ein Anderer schließt für Jenen diesen Vertrag ab: so enthält dieser Abschluß eine wahre Intercession [2]). Leiht Jemand Geld an, um damit einem Andern zu bezahlen: so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß in Beziehung auf den Darleihenden, wenn dieser den Zweck des Darleihens nicht gewußt hat, das Geschäft keineswegs für eine Intercession [3]) anzusehen ist. Weiß der Darleihende den Zweck aber, und sollte das Geld dem Schuldner geliehen [4]) werden: so ist das Geschäft allerdings Intercession; sollte es ihm geschenkt [5]) werden: so ist es keine Intercession. — Man theilt übrigens die Intercession vorzüglich in die privative und cumulative ein. Privativ [6]) heißt sie, wenn der Intercedent den Schuldner wegen einer künftigen oder vorhandenen Verbindlichkeit so vertritt, daß derselbe mit Einwilligung des Gläubigers ganz von seiner Schuld befreit wird (Expromission s. §. 632.). Cumulativ heißt die Intercession, wenn der Schuldner neben dem Intercedenten verhaftet bleibt. Dieß kann so geschehen, daß der Intercedent erst dann haften soll, wenn der Gläubiger vom Hauptschuldner seine Befriedigung nicht erhalten kann (subsidiäre Intercession): 1) wenn man Jemandes Proceß auf eigene Gefahr zu führen [7]) übernimmt; 2) wenn man

1) l. 18. §. 14. D. eod. l. 18. C. eod.

2) l. 4. 10. 19. C. eod. l. 8. §. 14. l. 29. pr. D. eod.

3) l. 4. pr. l. 17. pr. l. 27. pr. D. eod.

4) l. 28. §. 1. D. eod. ist auf diese Weise zu erklären und mit l. 13. C. eod., welche auf den Fall gehet, daß das Frauenzimmer schenken wollte, zu vereinigen. Vgl. l. 4. §. 1. D. eod.

5) l. 13. C. eod. s. die vorhergehende Note.

6) l. 32. §. 2. D. de receptis (4. 8.) l. 8. §. 14. D. ad SC. Vellej. (16. 1.)

7) l. 2. §. 5. l. 19. §. 5. D.

ein Pfand für einen Andern bestellt; 3) wenn man Jemanden den Auftrag ertheilt, dem Schuldner Etwas zu creditiren und 4) wenn man sich für Jemanden verbürgt. Ist die Intercession nicht subsidiär, d. h. braucht sich der Gläubiger nicht zuerst an den Hauptschuldner zu wenden, sondern kann den Intercedenten selbst sogleich in Anspruch nehmen: so hat das Römische Recht dafür die beiden Formen, daß der Intercedent als correalischer Mitschuldner dem Hauptschuldner [1]) beitritt, oder daß er ein Constitut über die fremde Schuld eingeht (**Constitutum debiti alieni**).

Bei den Intercessionen ist im Allgemeinen ihre accessorische Natur wohl ins Auge zu fassen. Die Intercession für eine schon vorhandene Verbindlichkeit gilt daher nur, wenn diese Verbindlichkeit galt; cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent [2]). Doch ist es genug, wenn die schon bestehende Verbindlichkeit nur eine obligatio naturalis gewesen ist [3]). Intercedirt man also z. B. für einen Pupillen, welcher ohne Vormund contrahirt hat: so ist die Intercession gültig [4]). — Genauer zu erörtern sind hier die Bürg-

ad SC. Vellej. (16. 1.) Vergl. v. Glück Pand. B. 14. §. 920. S. 445.

1) l. 17. §. 2. l. 18. D. ad SC. Vellej. (16. 1.)

2) l. 129. §. 1. l. 178. D. de R. J. (50. 17.) Sollte aber der Intercedent ungeachtet der Ungültigkeit der frühern Obligation aus seiner Intercession wissentlich gezahlt haben: so kann er nur in den Fällen zurückfordern, in denen Zahlung zurückzufordern überhaupt erlaubt ist; und hat der Intercedent für eine solche Obligation schenkungsweise intercedirt, so gilt die Intercession, falls die Erfüllung der ungültigen Obligation nicht schlechthin gesetzlich untersagt ist. l. 13. pr. D. de minor. (4. 4.) l. 25. de fidej. (46. 1.) l. 95. §. 3. de solut. (46. 3.)

3) §. 1. I. de fidejussor. (3. 21.) l. 6. D. de V. O. (45. 1.) Eine verworfene Naturalobligation darf sie nicht seyn.

4) l. 127. D. de V. O. (45. 1.)

schaft, der Creditauftrag und das Constitut fremder Schuld.

II. Einzelne Arten der Intercession.

A. Bürgschaft.

1. Begriff der Bürgschaft.

§. 509.

Bürgschaft (fidejussio) ist das Versprechen, zu mehrerer Sicherheit für eine fremde Verbindlichkeit nächst dem Hauptschuldner zu haften [1]). Dadurch daß der Bürge die Verbindlichkeit nicht allein übernimmt, sondern nur nächst dem Hauptschuldner, und daß er das Versprechen zu mehrerer Sicherheit des Gläubigers leistet, unterscheidet sich dieser Vertrag vom Constitut einer fremden Schuld. Untersagt ist den Soldaten die Bürgschaft im Processe und für Landpachtungen [2]), was jetzt nicht mehr praktisch seyn möchte; und den Geistlichen [3]) die für den Steuereinnehmer des Fiscus, für den Pachter von Ländereien und für Procuratoren im Proceß, was wohl eben so wenig noch anwendbar ist. Auch ist eigenthümlich, daß die Frau von dem Empfänger ihrer dos keine Bürgschaft annehmen darf [4]). — Eine Bürgschaft gilt wegen der accessorischen Natur dieses Vertrags nicht, wenn die Hauptschuld nicht gültig ist, z. B. für die Verbindlichkeit eines erklärten Verschwenders [5]) gilt die Bürgschaft nicht. — Ob die

1) l. 37. D. de fidejuss. (46. 1.)

2) l. 8. §. 1. 2. D. qui satisdare cog. (2. 8.) l. 31. C. de locat. (4. 65.) v. Bülow u. Hagemann, Erört. 4. Nr. 34.

3) Nov 123. c. 6. J. H. Böhmer J. Eccl. prot. lib. 3. tit. 22. §. 1—4. desg. §. 5.

4) l. 2. Cod. Ne fidejuss. dotium (5. 20.)

5) l. 6. D. de V. O. (45. 1.) l. 70. §. 4. 5. D. de fide-

Verbindlichkeit, für welche man sich verbürgt, übrigens gegenwärtig oder zukünftig ist, bleibt gleichgültig [1]). Dagegen ist wesentlich, daß der Bürge sich nicht für etwas Anderes weder dem Orte noch dem Gegenstande nach verbindlich macht, als wozu der Hauptschuldner verbunden ist. Wenn also die Hauptschuld Geld wäre, der Bürge aber eine andere Sache zu liefern verspräche: so wäre die Bürgschaft ungültig [2]). Wenn aber die Bürgschaft bloß auf ein Mehreres gehet als die Hauptschuld beträgt: so ist sie nicht im Ganzen ungültig, sondern bloß für den überschüssigen Theil; denn wiewohl einige Gesetzstellen [3]) sich dagegen zu erklären scheinen: so wird doch der allgemeine Grundsatz, daß in dem Mehreren das Mindere enthalten sey, und daß der nützliche Theil eines Geschäfts von dem unnützen nicht entkräftet werde, billig das Uebergewicht erhalten [4]). Unstreitig gültig ist die Bürgschaft, wenn sie auch nur auf weniger geht, als die Hauptschuld beträgt [5]).

juss. (46. 1.) Die l. 25. D. eod. scheint zu widersprechen, setzt aber entweder eine an sich zwar gültige aber durch die zu suchende Restitution in den vorigen Stand aufhebliche Hauptschuld voraus, oder sieht die Intercession als wissentliche Liberalität an. Averan. Interp. jur. lib. 2. c. 7. Weber von der nat. Verb. §. 112—114.

1) §. 1. 3. I. de fidejuss. (3. 21.) l. 1. l. 6. §. 2. l. 8. §. 1—6. l. 56. §. 3. D. eod. (46. 1.)

2) Auch das Versprechen einer frühern Zahlung, als aus der ersten Obligation gefordert werden könnte, ist als Bürgschaft ungültig. §. 5. I. eod. (3. 21.) l. 8. §. 7—9. l. 16. §. 1. 2. l. 34. l. 42. D. eod. (46. 1.)

3) S. vorhergehende Note und besonders l. 8. §. 7. D. eod. Vgl. auch v. Glück Pand. Bd. 13. §. 851. Not. 8. Daß in Deutschland ein weitergehendes Versprechen jedenfalls eine actio ex pacto gebe, nehmen auch die Anhänger der genauen Begrenzung der Bürgschaft an. Weber von der nat. Verbindl. §. 113.

4) l. 1. §. 4. D. de V. O. (45. 1.) Die allgemeinen Angaben in l. 1. §. 4. D. de O. et A. (44. 7.) sind dieser Ansicht gar nicht entgegen. Vgl. Alciatus Parerg. V., 17.

5) l. 5. I. de fidej. (3. 21.) l. 8. §. 10. 11. l. 9. l. 34. D. eod. (46. 1.)

— Die Form der fidejussio war bei den Römern eine Stipulation und darin suchten sie den Hauptunterschied zwischen der Bürgschaft und dem Constitut für fremde Schuld. Bei uns giebt es kein solches äußeres Merkmal. (Vergl. §. 515.).

2. Folgen der Bürgschaft.

a. Pflichten des Bürgen.

§. 510.

Die allgemeine Pflicht des Bürgen, für den Schuldner ohne Rücksicht darauf, ob derselbe [1]) zuvor ausgeklagt worden ist, oder darauf, ob mehrere Mitbürgen für die fragliche Schuld vom Gläubiger auf ihren Theil belangt werden [2]), völlig zu bezahlen, erhält bei der Anwendung auf einzelne Fälle einige nähere Bestimmungen und diese betreffen zunächst den Umfang der Bürgschaft. Es muß aus ihrer Fassung hervorgehen, für wieviel [3]) sie gilt. Ist darin für einen bestimmten Contract Sicherheit versprochen, so braucht für dessen Abänderung oder Verlängerung der Bürge [4]) nicht zu zahlen; und sollte der Umfang der Bürgschaft zweifelhaft seyn: so ist jedenfalls zu Gunsten des Bürgen seine Verbindlichkeit streng [5]) zu erklären. Enthält die Bürgschaft nichts von Zinsen, noch einen Ausdruck, der

1) l. 5. C. de fidej. (8. 41.)

2) §. 4. I. eod. (3. 21.) l. 4. §. 1. l. 56. §. 2. D. de fidej. (46. 1.) l. 32 pr. D. de adm. et per. tut. (26. 7.)

3) l. 52. §. 2. l. 54. 55. 58. pr. l. 61. 63. D. de fidejuss. (46. 1.) l. 17. D. ut legat. seu fideicomm. (36. 3.)

4) l. 13. §. 11. D. loc. cond. (19. 2.) l. 7. C. eod. (4. 65.) l. 25. D. de rec. qui arbit. (4. 8.)

5) Leyser spec. 524. med. 1. 2. Der Indemnitätsbürge haftet also nie für mehr, als für das, was der Gläubiger vom Hauptschuldner nicht erlangen kann. l. 16. §. 6. l. 41. pr. l. 63. D. de fidejuss. (46. 1.) c. 17. C. eod. (8. 41.)

auf das ganze Object der demnächstigen Schuld bezogen werden kann: so haftet der Bürge für die Zinsen nicht [1]); und eben sowenig, wenn eine specielle Summe aufgeführt ist, bis zu welcher er bürgt. Ist aber die Bürgschaft auf die ganze Schuld ohne Ausnahme bezogen: so muß der Bürge auch für alle Theile der Schuld, die ihm bekannt seyn konnten oder mußten, also auch für die Verzugszinsen haften [2]); in Beziehung auf Conventionalzinsen fehlt es an einer gesetzlichen Bestimmung. Man wird nach allgemeinen Grundsätzen und nach der Aehnlichkeit mit dem Pfande dahin entscheiden müssen, daß Zinsen, welche schon vor der Bürgschaftsbestellung versprochen waren, auch von dem Bürgen bezahlt werden müssen, er für später versprochene Zinsen aber nicht hafte [3]). Es versteht sich von selbst, daß der Bürge [4]) für eine Strafe, in welche der Hauptschuldner verurtheilt wird, nicht einsteht, sofern er dieß nicht noch besonders versprochen. — Die Verbürgung für eine gewisse Zeit [5]) kann den Sinn haben, daß nachher der Bürge gar nicht mehr, oder daß er nur nicht für die nach dieser Zeit eintretende Vermehrung der Schuld haften solle und wolle. Welche von diesen beiden Deutungen anzunehmen sey, ist bloß aus der Fassung des Bürgschaftsvertrags und den Umständen zu beurtheilen. Es versteht sich dabei von selbst, daß, wenn Vermehrungen der Schuld nicht gedenkbar oder doch nicht vermuthlich waren, sie vielmehr auf einmal entstand, die Bürgschaft auf Zeit den Bürgen

1) l. 68. §. 1. D. de fidej. (46. 1.)

2) l. 54. pr. D. loc. cond. (19. 2.) l. 2. §. 12. D. de adm. rer. ad civ. (50. 8.) l. 5. fin. C. de pactis inter emt. et vend. (4. 54.)

3) l. 4. C. de usuris (4. 32.)

4) l. 68. pr. l. 73. D. de fidej. (46. 1.) l. 17. §. 15. D. ad munit. (50. 1.) l. un. C. de peric. err. qui pro magistr. (11. 34.)

5) Vinnius, sel. quaest. 2. c. 41. C. E. J. Koch de fidej. ad tempus. Jen. 1821.

nach Ablauf der Zeit gar nicht mehr bindet. Sollte der Hauptschuldner schon verurtheilt seyn, jedoch noch nicht bezahlt haben: so entsteht die Frage, ob der Bürge auf jene Verurtheilung hin sogleich angegriffen werden könne, oder ob es erst einer neuen Klage gegen ihn selbst bedürfe. Allein da ein Urtheilsspruch keinem Dritten unmittelbar schadet und da der Bürge jedenfalls erst noch mit den Einreden gehört werden muß: so kann er auch dann nicht einmal nach der Verurtheilung des Hauptschuldners sogleich zur Zahlung gezwungen werden, wenn er in der Bürgschaft sich verbindlich gemacht hat, das zu bezahlen, wozu der Schuldner verurtheilt werden würde. — Wenn die Hauptschuld auf irgend eine Weise, z. B. durch Untergang des speciell schuldigen Gegenstandes, ganz erlischt: so erlischt ohne Weiteres die Bürgschaft dadurch ebenfalls [1]), denn sie existirt nur, sofern die Schuld existirt. Sollte aber ein Theil derselben oder auch nur eine obligatio naturalis übrig bleiben: so besteht [2]) die Bürgschaft. — Der Verzug des Hauptschuldners schadet auch dem Bürgen, und sollte während desselben der Hauptgegenstand der Verbindlichkeit zu Grunde gegangen seyn: so haftet [3]) der Bürge nach wie vor. Wenn auch dem Hauptschuldner vom Gläubiger eine Verlängerung der Zahlungsfrist gestattet worden ist: so wird dennoch der Bürge nicht frei, der Hauptschuldner mag in der Zwischenzeit [4]) solvent bleiben

1) pr. I. quib. mod. toll. oblig. (3. 30.) l. 68. §. 2. D. de fidejuss. (46. 1.) l. 4. C. eod. (8. 41.)

2) l. 66. D. eod.

3) l. 49. pr. l. 86. l. 88. l. 91. §. 4. D. de V. O. (45. 1.) l. 24. §. 1. D. de usur. (22. 1.) l. 58. §. 1. D. de fidejuss. (46. 1.) Vinn. sel. quaest. II. c. 10.

4) Vinnii sel. quaest. II. cap. 41. 42. l. 7. C. de loc. et cond. (4. 65) ist nicht entgegen, denn sie redet nicht von einer längern Zahlungsfrist, sondern von einem verlängerten Contracte, worauf allein das „posterioris temporis periculum“ zu bezie-

oder nicht, und es ist gleichgültig, ob der Gläubiger die Frist stillschweigend oder ausdrücklich verlängert. Denn es ist nicht abzusehen, aus welchem Rechtsgrunde eine vom Gläubiger dem Schuldner geschenkte Nachsicht dem Bürgen zu Statten kommen sollte, da der Gläubiger gegen diesen gar keine Verpflichtung hat, welche auf eine Befreiung von der Bürgschaft hinwirken könnte. Zwar kann jene Nachsicht dem Gläubiger schaden, allein dieser hat zu seinem eigenen Vortheile die nöthige Vorsicht anzuwenden und sich dadurch zu helfen, daß er dem Gläubiger die Schuld bezahlt und sich dagegen von ihm das Recht an den Hauptschuldner abtreten läßt, um gegen denselben sofort seinen Regreß zu nehmen. — Bei den Römern klagte der Gläubiger gegen den Bürgen ex stipulatu, bei uns ex pacto.

b. Rechte des Bürgen.

α. Gegen den Gläubiger.

§. 511.

Zuvörderst hat der von dem Gläubiger angegriffene Bürge als Einrede das beneficium excussionis oder ordinis, d. h. die Einrede der Vorausklagung des Hauptschuldners; es müsse sich der Gläubiger zuvörderst und ehe er den Bürgen angreife, sich an den Hauptschuldner halten, und könne erst, wenn dieser nicht zu zahlen im Stande

hen ist. — L. 41. pr. D. de fidej. (46. 1.) und l. 95. §. 11. D. de solut. (46. 3.) werden dafür citirt, daß der Bürge wenigstens frei werde, wenn der Schuldner in der Zwischenzeit insolvent geworden ist; allein l. 41. pr. cit. bezieht sich auf besondere Umstände einer Indemnitätsbürgschaft und l. 95. §. 11. cit. auf den Fall einer Crediteröffnung (§. 514.), dagegen spricht l. 62. D. de fidej. (46. 1.) die bleibende Verbindlichkeit des Bürgen deutlich aus.

sey, den Bürgen belangen[1]). Dieß ist eine Wohlthat, welche jeder Intercedent hat, der nur neben dem Hauptschuldner eintritt. Ausnahmen davon sind folgende: a) wenn der Intercedent ihr entsagt haben sollte, was vernünftiger Weise schon in dem Ausdrucke Selbstschuldner, falls ihn der Bürge in der Bürgschaft von sich gebraucht hat, enthalten seyn muß. Denn wenngleich eine Verzichtleistung im zweifelhaften Falle nirgends angenommen werden soll, so läßt doch die Bedeutung des Wortes „Selbstschuldner" einen Zweifel hier nicht zu, da es gar keinen andern Sinn giebt, als den, daß der Bürge gleichsam nicht als Bürge, sondern in die Stelle des Schuldners selbst eintretend, betrachtet werden wolle[2]). b) In Abwesenheit des Hauptschuldners soll zwar auf Anrufen des Gläubigers gegen den Bürgen der Richter Letzterem eine Frist gestatten, binnen welcher ihm freistehen solle, den Hauptschuldner zu stellen; stellt er ihn aber binnen dieser Frist nicht: so soll auch die Wohlthat der Vorausklagung dem Bürgen[3]) genommen seyn. c) Viele Juristen glauben, daß, wenn der Hauptschuldner[4]) in Concurs gerathen ist, der Gläubiger sich in diesen einlassen und erst nachher auf das Mangelnde den Bürgen belangen müsse, besonders da man aus der Ungewißheit, ob und was der Gläubiger

1) Vor Justinian hatte dieß nicht Statt. l. 3. l. 5. l. 23. C. de fidejuss. (8. 41.) Nov. 4. c. 1. Cujacius ibid.

2) l. 3. C. de fidejuss. (8. 41.) steht nicht entgegen, da die Analogie, welche man zwischen dem dort erzählten Falle eines überflüssigen und gesetzlicher Modification unterworfenen Ausdrukkes und dem Falle der Auslegung eines unzweifelhaften Wortes, dessen Auswahl lediglich in der Willkür der Parteien stand, suchen will, offenbar gar nicht Statt findet. Voet comm. ad D. Lib. 49. T. 1. §. 16. Stryk U. M. P. 20, 1. §. 19. Struben R. B. Thl. 1. Bed. 40.

3) Nov. 4. c. 1.

4) Struben R. B. Thl. 1. Bed. 91. Weber v. d. nat. Verb. §. 115. Not. 8.

aus dem Concurse erstreiten werde, keinen Schluß zu machen berechtigt sey, er werde Nichts erhalten. Aber dieß ist nicht nur den gesetzgeberischen Gründen der Einrede der Vorausklagung ganz zuwider; und als Analogie kann auch die Anordnung nicht übersehen werden, daß schon wegen Abwesenheit des Schuldners dasselbe wegfällt; sondern der Bürge ist auch für die zur rechten Zeit zu beschaffende Zahlung verhaftet, und diese wird durch den Concurs in der Regel unmöglich werden. Indessen muß der Gläubiger sich wenigstens deßwegen im Concurse melden, um dem Intercedenten, falls er es verlangt, die Klage abtreten zu können [1]). — d) Das Benefiz gilt auch dann nicht, wenn dem Hauptschuldner vom Landesherrn ein Anstandsbrief ertheilt worden ist; aus denselben Gründen wie beim Concurse des Schuldners. — Dagegen ist es falsch, in der eidlichen Bekräftigung der Bürgschaft eine größere Verbindlichkeit und einen Grund zum Wegfallen des Benefizes annehmen [2]), oder ohne allen rechtlichen Grund dem Bürgen das Benefiz der Vorausklagung des Hauptschuldners zur Strafe dann entziehen zu wollen, wenn der Erstere dolose seine Verbindlichkeit geleugnet hat. — Das zweite Recht des Bürgen gegen den Gläubiger besteht, wenn [3]) mehrere Bürgen für eine Schuld haften, darin, daß er sich der Einrede der Theilung der Schuld unter ihm und seinen Mitbürgen bedienen, mithin die solidarische Obligation dadurch in eine vertheilte [4]) verwandeln kann,

1) Weber v. d. nat. Verbindl. §. 115. n. A.

2) Man citirt für diese irrige Behauptung zwar l. 9. X. de jurejurando (2. 24.), aber diese Stelle redet gar nicht von der größern Verbindlichkeit des Bürgen, welcher sich eidlich verpflichtet hat, und am wenigsten vom Wegfallen des fragl. Benefizes.

3) l. 26. D. de fidejuss. (46. 1.)

4) l. 26. l. 51. §. 4. l 52. §. 1. D. eod.

und mithin fürerst nur seinen Antheil zu bezahlen braucht. Dieses alte Benefiz (schon aus einer epistola D. Hadriani) kann nicht vor angestellter Klage und nur [1]) gerichtlich geltend gemacht werden. Es fällt dann weg, wenn die Mitbürgen insolvent oder schwer zu belangen [2]) sind. Auch hat es der Bürge nicht in Beziehung auf Rückbürgen oder solche, an welche erst dann die Reihe kommt [3]), wenn der Gläubiger die gewöhnlichen Bürgen ausgeklagt hat. Das Benefiz der Theilung bezieht sich ferner immer nur auf den einzelnen Posten, für welchen mehrere Bürgen mit einander haften, nicht auf Schuldposten aus verschiedenen obligatorischen Handlungen [4]). Durch Ableugnung der Verbindlichkeit verliert der Bürge das Benefiz der Theilung nach ausdrücklicher gesetzlicher [5]) Bestimmung. Verzicht kann man auf diese Einrede leisten, jedoch folgt derselbe noch nicht aus dem ohnehin überflüssigen Versprechen, daß man mit den mehreren Bürgen in solidum haften wolle [6]). Auch sollen Bürgen eines Vormundes die Theilung nicht excipiren dürfen [7]). — Die Einrede der Klagenabtretung (Beneficium cedendarum actionum) steht dem Bürgen ebenfalls zu. Er kann nämlich verlangen, daß der Gläubiger gegen die Bezahlung, welche demselben von Seiten des Bürgen geleistet wird, die Klagerechte gegen den Schuldner an ihn (den Bürgen) abtrete [8]). Ja er kann sogar verlangen, daß ihn des Gläubigers Kla=

1) l. 26. D. cit.

2) l. 10. pr. eod. Wenn bei zweifelhafter Solvenz des Schuldners der Bürge für die Gefahr der Verzögerung caviren will, darf er das Benefiz gebrauchen; die Umstände reden dabei mit, ob der Gläubiger nicht rechtswidrig dadurch beschwert wird.

3) l. 27. §. 4. D. de fidejuss. (46. 1.)

4) l. 43. l. 51. §. 2. D. eod.

5) l. 10. §. 1. D. eod.

6) l. 3. C. eod. (8. 41.)

7) l. ult. D. rem pup. salv. (46. 6.)

8) l. 11. 21. C. eod.

gen gegen andere Bürgen derselben Schuld abgetreten werden [1]). (Vgl. §. 403.).

Der Bürge hat gegen den Gläubiger außerdem alle diejenigen Einreden [2]), welche dem Hauptschuldner auch zustehen würden; jedoch nicht solche, welche der Hauptschuldner nur aus einem höchst [3]) persönlichen Privilegium herleiten kann. Geschah die Intercession von Seiten des Bürgen, um zu schenken, so kann er die Einreden des Hauptschuldners ebenfalls nicht einwenden [4]). In der Natur der Sache selbst liegt schon, daß der Bürge diejenigen Einreden aus der Person des Schuldners nicht gebrauchen kann, gegen welche eben seine Bürgschaft dem Gläubiger Sicherheit [5]) geben sollte und welche der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft kennt oder doch verständigerweise kennen müßte [6]), z. B. die Einrede, daß der Hauptschuldner sein Vermögen an seine Gläubiger abgetreten, oder daß er gegen dieselben einen landesherrlichen Stundungsbrief (Moratorium) erhalten habe [7]). Die Frage, ob der Bürge die Einrede der Verjährung der Hauptschuld gebrauchen dürfe, ist an sich zu verneinen; denn die Klage gegen den Bürgen, welche einmal existirt, ist eine andere, als die des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, mithin kann jene auch nur durch ihre eigene Verjährung erlöschen. Mittelbar aber kommt dem Bürgen die Verjährung der Klage auf die Hauptschuld dennoch zu statten, wenn der

1) l. 17. l. 41. §. 1. D. eod. (46. 1.)

2) §. 4. I. de replicat. (4. 14.) l. 7. §. 1. l. 19. D. de except. (44. 1.) l. 15. pr. l. 49. pr. D. de fidejuss. (46. 1.) l. 4. l. 15. D. de compens. (16. 2.)

3) l. 7. pr. D. de exception. (44. 1.)

4) l. 9. §. 3. D. de SC. Maced. (14. 6.)

5) §. 4. I. de replicat. (4. 14.) l. 58. §. 1. D. mand. (17. 1.)

6) v. Glück Pand. Bd. 5. §. 479. S. 566 ff.

7) §. 4. fin. I. de replicat. (4. 14.) l. 58. §. 1. D. mandati (17. 1.)

Bürge das Benefiz der Excussion oder das der Klagenabtretung vorwenden kann. Denn da alsdann der Schuldner nicht mehr ausgeklagt und die Klage gegen ihn nicht mehr an den Bürgen abgetreten werden kann, ist die endliche Wirkung eine Befreiung des Letztern. Auf die Einwilligung des Schuldners in den Gebrauch der Einreden des Bürgen kommt es nicht an [1]), auch ist die von dem Schuldner nach gemachter Bürgschaft geschehene Aufgebung von Einreden gegen den Gläubiger dem Bürgen unschädlich [2]).

Nach einer feststehenden Praxis hat der Bürge gegen den Gläubiger, wenn dieser lange mit seiner Klage gegen den Hauptschuldner zögert, eine Aufforderung zur Klage (Provocatio ad agendum ex lege si contendat). Der Gang des Processes bringt dann mit sich, daß der Gläubiger, wenn er innerhalb der ihm vom Richter vorgeschriebenen Frist seine Klage gegen den Bürgen nicht vorträgt, dieselbe verliert. Man stützt sich dabei auf angebliche Billigkeitsgründe, welche aber dem Röm. Rechte gar nicht entsprechen [3]). — Nachsicht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner befreiet den Bürgen nicht, selbst wenn Letzterer den Gläubiger erinnert haben sollte, auf seine Befriedigung ernstlich bedacht zu seyn [4]).

β. Gegen den Hauptschuldner.

§. 512.

Der Bürge hat gegen den Hauptschuldner, nachdem die Zahlung [5]) geschehen ist, das Recht, seinen Regreß mit

1) l. 32. D. de fidejuss. (46. 1.)
2) l. 62. D. de pactis (2. 14.)
3) l. 62. D. de fidejuss. (46. 1.)
4) S. §. 510.
5) Nämlich für eine wirklich klagbare Forderung. Denn hat der Bürge dem Gläubiger eine gegen den Hauptschuldner gar

der Mandatsklage [1]) zu nehmen, sofern ein gültiges Mandat eingegangen ist. Es ist dabei einer durch den Bürgen geschehenen Zahlung gleichzusetzen, wenn der Gläubiger dem Bürgen die Schuld schenkungsweise [2]) erlassen hat, oder sobald der Bürge gerichtlich zur Zahlung verurtheilt worden ist. Ueberzeugt sich der Bürge vom Unrechte des Gläubigers, so muß er es jedenfalls zum Processe kommen lassen und selbst appelliren [3]). Sonst kann er auch ohne Proceß bezahlen [4]). — Auch vor der Zahlung kann der Bürge vom Schuldner Befreiung von der Bürgschaft verlangen, wenn der Bürge als Vormund für seine Pupillen sich verbürgte [5]); dieß Verhältniß dehnt man auf alle Personen aus, die zugleich Stellvertreter der Schuldner sind, für welche sie sich verbürgen. Wenn der Schuldner anfängt in schlechte Umstände zu gerathen und unsicher zu werden, oder mit der Befriedigung des Gläubigers auf eine bedenkliche Weise und zu lange zögert [6]): kann der Bürge ebenfalls die Befreiung von der Bürgschaft verlangen. Ist die Bürgschaft nicht durch den Hauptschuldner veranlaßt und folglich der Begriff des Mandats dabei nicht vorhanden: so kann der Bürge gegen den Hauptschuldner nur mit der Klage de negotiis gestis [7]) seinen Regreß nehmen, wobei denn von ihm der beförderte [8]) Nutzen des Hauptschuldners nachgewiesen werden muß.

nicht klagbare Forderung bezahlt: so hat er auch keinen Regreß an diesen. Weber von der nat. Verbindl. §. 112—118.

1) l. 25. D. de fidejuss. (46. 1.) l. 14. C. eod. (8. 41.)

2) l. 10. §. 13. D. mand. (17. 1.)

3) l. 8. §. 8. D. eod.

4) l. 10. §. 11. D. eod.

5) l. 6. de contrar. tut. act. (27. 4.) l. 45. §. 2. D. mand. (17. 1.)

6) l. 38. §. 1. D. mand. (17. 1.) l. 10. C. eod. (4. 35.) cap. ult. X. de fidejuss. (3. 22.)

7) Tit. Dig. de negot. gest. (3. 5.)

8) l. 43. D. eod.

Sie fällt weg, wenn der Schuldner dem Bürgen [1]) zu intercediren verboten hatte. Hat der Bürge um zu schenken sich verbürgt [2]): so fällt aller Regreß für ihn gegen den Hauptschuldner weg, sobald sich dieser der Einrede der Schenkung bedient; und der Schuldner hat auch übrigens gegen den Bürgen alle [3]) begründeten und zulässigen Einreden; namentlich die, daß der Bürge den Proceß gegen den Gläubiger durch eigene Schuld verloren habe, sofern dieß wirklich geschehen ist [4]). Zahlt der Bürge an den Gläubiger, ohne sich dessen Klage gegen etwanige Mitbürgen cediren zu lassen, so hat der Zahlende keine [5]) Klage gegen dieselben. — Einer Denunciation [6]) von Seiten des Bürgen an den Schuldner bedarf es zum Zwecke des Regresses des Bürgen gar nicht; und es ist selbst dazu nicht erforderlich, daß er sich der Einreden des Schuldners bedienet habe [7]), sofern er diese nur nicht wissentlich versäumte.

3. Besondere Arten der Bürgschaft.

§. 513.

Von den gewöhnlichen Bürgschaften zeichnet man die Indemnitätsbürgschaft (subsidiäre), die Afterbürgschaft und die Rückbürgschaft noch besonders aus. Der Indemnitätsbürge ist ein solcher, welcher sich ausdrücklich nur für das verbürgt, was der Gläubiger von dem Hauptschuldner nicht

1) l. 24. C. de negot. gest. (2. 19.)

2) l. 9. §. 3. D. de SCt. Maced. (14. 6.)

3) l. 13. pr. D. de min. (4. 4.)

4) l. 67. D. de fidej. (46. 1.) l. 4. l. 12. C. de negot. gest. (2. 19.) l. 9. §. 3. D. de SC. Macedon. (14. 6.) Weber von der nat. Verbindl. §. 112—117.

5) §. 4. I. de fidej. (3. 21.) l. 39. D. eod. (46. 1.)

6) l. 10. §. 12. D. mand. (17. 1.)

7) l. 10. §. 12. cit. l. 29. pr. D. eod.

erhalten kann [1]). Für diese Art der Bürgen bedarf es des Benefizes der Excussion nicht; denn sie können nicht eher belangt werden, als bis der Gläubiger nachweisen kann, was er von dem Hauptschuldner nicht zu erlangen vermöge. — Die fidejussio fidejussionis [2]) oder die Bürgschaft des Bürgen zweiten Grades (des Succedanbürgen) ist entweder eine Bürgschaft, welche wiederum für den Bürgen dem Gläubiger beschafft wird (Afterbürgschaft) [3]), so daß dadurch zum Besten des Gläubigers die Sicherheit des Schuldners und ersten Bürgen noch verstärkt wird; oder sie ist eine Rückbürgschaft [4]), d. i. eine solche, welche der Schuldner dem Bürgen ersten Grades zur Sicherheit des demselben zustehenden Regresses auf den Fall stellt, daß der erste Bürge aus seiner Bürgschaft zahlen müßte.

B. Creditauftrag.

§. 514.

Das **Mandatum qualificatum** oder der Creditauftrag [5]), bei uns öfters Crediteröffnung genannt, ist der Auftrag an Jemand, einem Dritten für irgend ein obligatorisches Verhältniß Credit zu geben oder Geld zu borgen; wobei es zur Verbindlichmachung des Beauftragenden nicht der ausdrücklichen Uebernahme der Gefahr bedarf, weil das Wesen des Mandats schon die Schadloshaltung des Mandatarius zur Folge hat [6]). Das Römische

1) Fidejussor in id acceptus quod a debitore servari non potest. — l. 16. §. 6. l. 41. pr. l. 63. D. de fidej. (46. 1.) l. 116. D. de V. O. (45. 1.)

2) l. 4. pr. l. 8. §. 12. D. eod.

3) l. 8. §. 12. cit. l. 27. §. 4. D. eod.

4) l. 4. pr. D. eod.

5) l. 12. §. 14. l. 32. D. mandati (17. 1.)

6) l. 6. §. 4. D. eod. l. 7. C. eod. (4. 35.) Zimmern über Intercession durch Mandat und Constitut in dessen und Neustetel Röm. recht. Untersuchungen. Nr. 10. S. 255 ff.

Recht spricht dabei schlichtweg von Mandat, und nennt den Auftragenden dabei gewöhnlich mandator. Geschieht dieser Auftrag zum Vortheile des Creditirenden, so haftet der Mandant als solcher diesem bloß dann, wenn lediglich der Auftrag den Ausleiher zum Ausleihen bestimmt hat. Die Intercession in Gestalt des qualificirten Mandats tritt aber zum Besten des Schuldners ein, welchem der Mandant Geld verschaffen will; in diesem Falle haftet der Letztere unbedingt [1]), und dabei ist die Aehnlichkeit mit der Bürgschaft unverkennbar. Der Mandant veranlaßt jedoch die Hauptschuld und das Mandat geht also wenn auch nicht einer ganz neuen Obligation, doch dem obligatorischen Verhältnisse mit dem Dritten oder der Erneuerung desselben voraus [2]).

Die rechtlichen Wirkungen des qualificirten Mandats sind übrigens ganz wie bei der Bürgschaft, namentlich auch in Rücksicht des Regresses an den Hauptschuldner [3]), der Beschränkungen (besonders der Frauenzimmer) [4]), so wie der Benefize der Vorausklagung, der Theilung (da mehrere Mandatore in solidum haften) und der Klageabtretung [5]). Nach getilgter Hauptschuld wird auch der Mandator frei; aber durch die bloße Belangung des Hauptschuldners [6]) von Seiten des Gläubigers wird der Intercedent seiner Verpflichtungen nicht entlediget. — Doch unterscheidet sich der Creditauftrag von der Bürgschaft in einigen Puncten: a) darin, daß der mandator nur dann dem Gläubiger

1) l. 71. §. 2. D. de fidejuss. (46. 1.)

2) l. 12. §. 14. D. mandati (17. 1.)

3) Zimmern a. a. O. S. 264.

4) l. 31. C. de loc. et cond. (4. 65.) l. 2. C. ne fidej. dot. dentur (5. 20.)

5) Nov. 4. c. 1. l. 3. C. de constit. pec. (4. 18.) l. 7. l. 13. l. 41. §. 1. D. de fidejuss. (46. 1.)

6) l. 13. l. 71. pr. D. eod. l. 4. l. 23. C. de fidejussorib. et mand. (8. 41.)

haftet, wenn das Darlehn ganz auf die Art geleistet worden ist, wie der Intercedent es mandirt hatte [1]). Also durch Verlängerung der Zahlungsfrist ohne des Mandators Zustimmung wird dieser liberirt. b) Was bei der Bürgschaft deren rechtlicher Natur widerspricht, daß der Intercedent den Gläubiger anhalten kann, die Forderung vom Hauptschuldner beizutreiben, ist beim qualificirten Mandat consequenten Rechtens; denn der Gläubiger ist hierbei der Mandatarius des Intercedenten. c) Dagegen muß der Intercedent als Mandant auch für alle Verluste des Gläubigers aus dem Mandate haften; denn ein Mandant ist seinem Mandatare vollständige Entschädigung schuldig. d) Sich der Einreden des Hauptschuldners zu bedienen, was dem Bürgen erlaubt ist, steht dem mandator nicht frei [2]); denn der Mandant ist dem Mandatarius jedenfalls Entschädigung schuldig, wenn Letzterer ein ihm nachtheiliges Mandat bekommen hat. e) Der mandator ist als Intercedent aus der von der Schuld des Hauptschuldners ganz getrennten obligatio mandati verpflichtet. Wenn aus letzterer gezahlt wird, kann darum das Hauptschuldverhältniß noch nicht als aufgehoben betrachtet werden [3]); wenn also der mandator sich auch erst nachher von seinem Mandatare (dem Gläubiger) dessen Klagerecht gegen den Schuldner cediren läßt: so ist diese Cession allerdings wirksam. f) Ueberhaupt steht beim Creditauftrage der Mandant für Alles ein, was der Mandatar beim gewöhnlichen Auftragscontracte mit der actio mandati contraria fordern kann; nur noch mit dem Unterschiede, daß die

1) l. 7. l. 22. C. eod.

2) l. 13. pr. D. de min. (4. 4.)

3) l. 28. D. mandati (17. 1.) Zimmern a. a. O. S. 260 f.

Verbindlichkeit des Mandators nicht mit seinem Tode erlischt, sondern gegen seine Erben sich erstreckt [1]).

C. Constitutum debiti alieni.

§. 515.

Bezieht sich das oben erörterte Constitut (§. 507.) auf eine fremde Schuld [2]): so gehört es zu den Intercessionsfällen und zeichnet sich unter diesen durch eine viel freiere Gestalt aus. Es begreift bei den Römern jedes formlose Versprechen, eine fremde Verbindlichkeit zu erfüllen. Es war ein pactum nudum, während die Bürgschaft eine stipulatio war. Außer diesem äußern Unterschiede gilt auch noch der innere, daß das Constitut fremder Schuld sich gewöhnlich nicht wesentlich auf Verschaffung der Sicherheit für den Gläubiger beziehet. Dieser letztere Unterschied ist auch bei uns noch vorhanden und darum das Constitut fremder Schuld auch im heutigen Römischen Rechte von Bürgschaft verschieden. — Zu bemerken ist, daß wie bei der Bürgschaft, so auch beim Constitut die fremde Schuld wenigstens auf obligatio naturalis beruhen muß [3]) und daß es ebenfalls nicht auf ein Mehreres [4]) gerichtet seyn darf, als die Hauptschuld. Aber ein Unterschied von der Bürgschaft liegt darin, daß beim Constitut andere Orts- und Zeitbestimmungen, Bedingungen und Gegenstände [5]) der Schuld unter dem Constituenten und dem Gläubiger ausgemacht werden können, als in der

1) l. 24. D. de fidejuss. (46. 1.)

2) l. 1. C. de const. pec. (4. 18.)

3) l. 1. §. 7. l. 3. §. 1. D. de pec. const. (13. 5.)

4) Sollte es dennoch geschehen seyn, so tritt dieselbe Folge ein, wie bei der Bürgschaft, s. §. 509.

5) Weber v. d. nat. Verbindl. §. 124.

früheren Schuld Statt fanden; ja selbst an einen anderen Gläubiger, als den der Hauptschuld, kann das Constitut gerichtet seyn [1]). Jedes Constitut muß sich nothwendig auf eine schon vorher contrahirte gültige Hauptschuld gründen [2]). — Nach einer Verordnung Justinians, welche freilich sonderbar scheint, jedoch der Deutlichkeit des Versprechens wegen nicht unnütz genannt werden kann, — hat das Constitut noch die Eigenheit, daß es nicht ohne Ausdruck der Person des Constituenten (nicht impersonel) versprechen darf; man soll vielmehr sagen: ich werde zahlen, oder: es wird von mir gezahlt werden [3]). — Die Wirkungen des Constitutes fremder Schuld werden mit denen der Bürgschaft zu vergleichen seyn. Der Constituent hat ebenfalls die Benefize der Theilung und der Klagenabtretung [4]); auch macht er durch seine Zahlung den Hauptschuldner frei [5]). Da man aber als Gläubiger durch das Constitut nicht bloß (wie bei der Bürgschaft) Sicherheit für eine Forderung sucht, sondern etwas Anderes, als die bestehende Forderung gewesen ist: so würde der Zweck des Constituts fremder Schuld ganz vereitelt werden, wenn der gegen den Constituenten klagende Gläubiger sich gefallen lassen müßte, noch an den ersten Schuldner verwiesen zu werden. Es widerspricht mithin dem Wesen dieses Rechtsinstitutes, dabei das Benefiz der Excussion für den Constituenten zuzulassen [6]). Auch folgt aus demselben

1) l. 5. §. 2. D. eod.

2) l. 18. §. 1. D. eod. l. 2. pr. C. eod. (4. 18.) verb. „ita tamen“ etc. l. 1. §. 6. 7. l. 3. §. 1. D. eod.

3) Nov. 115. c. 6. Constituirt nach dieser Novelle Jemand für sich und einen Andern, so schuldet er bloß seinen Theil.

4) l. 3. C. eod.

5) l. 18. fin. l. 28. D. eod. l. 15. D. de in rem verso (15. 3.)

6) J. C. Koch D. de constituto debiti alieni ejusque a fidej. discrim. Kil. 1777. A. M. Zimmern a. a. O. S. 275 ff.

Grunde der Umstand, daß der Constituent nicht völlig die Einreden des Schuldners gebrauchen darf; waren sie nämlich zur Zeit des Constituts schon vorhanden: so kann sie der Constituent auch gebrauchen, später für den Schuldner entstandene aber nicht [1]), — denn selbst das nach der Zeit des geschehenen Constituts eintretende gänzliche Aufhören der Hauptschuld hebt das Constitut nicht auf [2]). Die Einreden, welche auf eine anfängliche Ungültigkeit der Schuld hinauslaufen, kann der Constituent dem klagenden Gläubiger einwenden, weil daraus auch die Ungültigkeit des Constituirens hervorgehet; auch die Einrede der Zahlung des Schuldners nützt dem Constituenten; denn Zahlung tilgt beide Obligationen, die alte und das Constitut. — Die Klage des Gläubigers ist die actio constitutoria [3]) gegen den Constituenten.

III. Intercession der Frauenzimmer.

A. Senatusconsultum Vellejanum.

1. Rechtliche Natur desselben.

§. 516.

Wegen des den Weibern eigenthümlichen Leichtsinnes in Versprechungen [4]) fand im Römischen Rechte das Gesetz Statt, daß Frauen für ihre Ehemänner nicht bürgen sollten. Nachher wurde das Senatusconsultum Vellejanum gegeben, des Inhaltes, daß überhaupt ein Frauenzimmer [5]) nicht intercediren [6]) solle; jedoch wurden ihre Intercessionen

1) l. 33. pr. D. de donat. (39. 5.)

2) l. 18. §. 1. D. de pec. const. (13. 5.)

3) l. 20. D. eod.

4) l. 2. pr. §. 3. D. ad SCtum Vellej. (16. 1.)

5) l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. D. eod.

6) Der Begriff der Inter-

durch dieß Senatusconsult nicht immer von selbst nichtig, sondern nur mittelst Gebrauchs einer Einrede. — Eine obligatio naturalis entsteht immer durch die Intercession der Frauenzimmer und das Senatusconsultum Vellejanum giebt erst eine Einrede dagegen. Schlechthin anzunehmen, daß die Intercession der Frauenzimmer null sey, oder daß die daraus entstehende Naturalobligation zu den verworfenen gehöre, ist irrig [1]). Die Einrede aber, welcher zufolge das Senatusconsultum Vellejanum gegen die Intercession eingewandt werden kann, gehört zu den privilegirten, so daß sie noch nach dem Urtheile vorgeschützt werden kann [2]). — Dieß Senatusconsult schützt aber nicht bloß durch eine Einrede, sondern wenn aus der Intercession eines Frauenzimmers Geld gezahlt oder eine andere Sache zum Pfande gegeben worden ist, kann sogar, ausgenommen den Fall der wissentlich gegen das Senatusconsult geschehenen Zahlung, das Gegebene zurückgefordert [3]) werden. Das Frauenzimmer fordert dann ihre Leistung als Nichtschuld zurück oder vindicirt die Sache und bedient sich der Replik [4]) des Senatusconsults. Die Vindication hat die Intercedentin sowohl gegen den befriedigten Gläubiger, als auch gegen jeden Dritten, an den ihre Sachen von Seiten des Gläubigers veräußert sind. —

cession ist dabei aber genau genommen l. 17. §. 2. D. eod. Deßwegen fällt die Wirkung des vellej. Sen.-Cons. weg, wenn die Frau ihren Schuldner delegirt, oder wenn sie als Schuldnerin an einen andern Gläubiger von ihrem Gläubiger delegirt wird, oder wenn sie für ihren Mandatar expromittirt. l. 8. §. 2. 5. l. 24. pr. D. eod. l. 2. fin. C. eod. (4. 29.) l. 3. l. 13. pr. l. 22. 25. D. eod.

1) l. 95. §. 2. D. de solut. (46. 3.)

2) l. 11. D. de SC. Maced. (14. 6.)

3) l. 40. pr. D. de cond. indeb. (12 6.) l. 9. C. ad SCt. Vellej. (4. 29.)

4) l. 39. §. 1. l. 40. D. de R. V. (6. 1.) l. 32. §. 1. 2. D. ad SC. Vell. (16. 1.) l. 7. C. eod. (4. 29.)

Das Senatusconsult steht mit diesen Rechtsmitteln nicht bloß der Frau selbst zur Seite, sondern eben so allen denjenigen, welche an der Intercession Theil haben, mithin den Erben [1]) des Frauenzimmers, den Bürgen [2]) derselben, den für die Intercedentin eingetretenen Pfandschuldnern [3]), und endlich den Mandataren [4]) der Frau, zu denen auch die Delegirten zu zählen sind [5]), welche der Intercedentin nicht selbst schulden. Sollten solche dritte Personen in einem einzelnen Falle aus einem besondern Grunde der Wohlthat des Senatusconsults verlustig werden, und wollen sie dann ihren Regreß an das Frauenzimmer [6]) nehmen: so steht auch ihnen die Einrede des Gesetzes entgegen. — Wenn der Gläubiger, welchem ein Frauenzimmer in der Intercession Sicherheit geben wollte, diese Sicherheit durch das Senatusconsult verliert und daneben den Hauptschuldner noch haftend behalten hat: so hält er sich den allgemeinen Grundsätzen gemäß an diesen, ohne daß eine Veränderung des Rechtsverhältnisses eingetreten ist. Wenn der Hauptschuldner aber, welcher Anfangs haftete, durch die Intercession des Frauenzimmers befreiet worden ist: so wird dem Gläubiger, dem man das Senatusconsult entgegensetzt, die alte Klage mittelst einer schon nach Civilrecht gültigen Restitution wieder gegeben [7]) und die Klage be-

1) l. 20. C. eod.

2) l. 16. §. 1. l. 19. §. 5. (respondit etc.) D. eod. l. 14. C. eod. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Bürge seinen Regreßanspruch gegen die Intercedentin habe oder nicht; er kann jedenfalls der Einrede des Senatusconsults sich bedienen.

3) l. 2. D. quae res pign. (20. 3.)

4) Wobei aber erfordert wird, daß dem Gläubiger, zu dessen Besten intercedirt worden, bekannt war, der Mandatar handle im Auftrage eines Frauenzimmers. l. 6. l. 8. §. 4. l. 30. §. 1. l. 32. §. 3. D. ad SC. Vell. (16. 1.) l. 15. C. eod. (4. 29.)

5) l. 8. §. 3—6. D. eod.

6) l. 7. l. 32. §. 3. D. eod.

7) Donell. comm. l. 12. c. 31.

kommt den Beinamen actio restitutoria [1]) und bleibt ganz so, wie [2]) sie vor der Intercession des Frauenzimmers dem Gläubiger zustand. Indessen bekommen von mehreren correis stipulandi, welche ihr Klagerecht dadurch verloren haben, daß bei einem von ihnen das Frauenzimmer intercedirend liberirte, nur dieser Eine die actio restitutoria, während bei den Andern die Klage erloschen ist [3]). — Wenn das Frauenzimmer schon für eine Schuld intercedirte, welche noch gar nicht contrahirt war, welche aber sicherlich contrahirt werden sollte, und wenn dann der Gläubiger wegen seiner wirklich geschehenen Leistungen gegen das Frauenzimmer klagt, jedoch wegen des Senatusconsults unterliegen muß: so erhält er gegen den eigentlichen Schuldner dieselbe Klage, welche er gegen das Frauenzimmer gehabt haben würde, mit dem Beinamen actio institutoria [4]); und sollte der eigentliche Schuldner dem intercedirenden Frauenzimmer eine Hypothek bestellt haben, so kann sich der Gläubiger auch an diese [5]) Hypothek halten.

2. Ausnahmen gegen das vellejanische Senatusconsult.

§. 517.

In manchen Fällen konnte schon in dem vor-justinianeischen Rechte, d. i. ehe die Neuerungen Justinians (s. §. 518.) eintraten, das intercedirende Frauenzimmer sich nur ihrer etwanigen übrigen [6]) Einreden gegen die Intercession, nicht aber der aus dem vellejanischen Senatusconsulte be-

1) l. 8. §. 7. 9. l. 16. fin. l. 32. §. 5. D. eod. l. 8. fin. l. 16. C. eod. (4. 29.)

2) l. 9. l. 14. l. 21. §. 3. D. eod.

3) l. 8. §. 11. D. eod.

4) l. 8. §. 14. 15. D. eod.

5) l. 29. pr. D. eod.

6) l. 32. pr. D. de SC. Vell. (16. 1.)

dienen. Dieser Fälle sind acht: 1) im Falle der Entsagung [1]). Das Römische Recht kennt eine gültige [2]) Entsagung der Intercedentin nur dann, wenn diese den Gläubiger, welchem ihre Intercession Sicherheit geben sollte, auffordert, seine Klage gegen den eigentlichen Schuldner nicht zu gebrauchen, und statt desselben sich an sie, die Intercedentin, zu halten; desgleichen wenn die Frau auf ihre Gefahr ihren Kindern einen Vormund bestellen und dieß im Decrete ausdrücklich bemerken läßt [3]). Die Praxis hat daraus [4]) die allgemeine Lehre gebildet, jede Entsagung der Intercedentinnen auf die zur Wohlthat intercedirender Frauenzimmer gegebenen Römischen Gesetze sey gültig, sofern nur die Entsagende vom Inhalte dieser Gesetze gehörig unterrichtet worden sey, und es komme nicht darauf an, ob diese Entsagung vor Gericht oder außergerichtlich, eidlich oder ohne einen Eid, geschehe [5]). Wenngleich nun allerdings keinem Zweifel unterworfen ist, daß die Entsagung, so weit sie gesetzlich oder nach der Praxis zuläßig erscheint, keineswegs in einem öffentlichen [6]) Documente zu geschehen braucht: so ist doch der richtigen Theorie nach, jede Erweiterung des gesetzlichen Falles dieser Entsagung ohne [7]) vernünftigen und wissenschaftlichen Grund; denn es

1) Ueber diese Entsagung vergl. v. Glück Pand. Bd. 15. §. 925.

2) l. 32. §. 4. D. eod.

3) Wiewohl man in diesem Falle das Vorhandenseyn einer wirklichen Intercession richtiger gar nicht annimmt. l. 1. l. 3. C. si mater indemnit. prom. (5. 46.) Cujacius ad Pauli R. S. lib. 2. tit. 11.

4) Und aus Nov. 118. c. 5. J. H. Boehmer de efficaci mulierum intercessione (Exerc. ad Pandect. T. III. ex. 50.) c. 2. §. 15. seqq.

5) Nach der Meinung der Glosse zu l. 32. §. 4. D. ad SCt. Vellej. (16. 1.) und zu l. 25. C. eod. (4. 29.)

6) Denn bloß zum Zwecke der Intercession, nicht zu einem andern verlangt Nov. 134. c. 8. ein öffentliches Instrument. Pufendorf T. 2. Observ. 159.

7) Donell. comm. lib. 12. c. 32. Vinnii sel. quaes. lib. 1. c. 58. Averan. interpr.

ist zunächst ganz unrichtig, daß Jedermann überhaupt und auch gegen ein prohibitives Gesetz (wie das Senatusconsultum Vellej. ist) auf seine Benefize Verzicht leisten könne; in vorliegendem Verhältnisse soll die Intercedentin gerade gegen ihre eingegangenen Verbindlichkeiten geschützt werden und indem sie ihrem Benefize entsagt, thut sie schlechthin weiter nichts, als daß sie die Verbindlichkeiten eingeht, gegen welche das Benefiz sie schützen soll. Sollte die bloße Erklärung, man wolle das hinreichend gekannte Gesetz in dem einzelnen Falle nicht gelten lassen, dessen Wirksamkeit aufheben, so würde offenbar das ganze Gesetz vergeblich seyn. Dazu kommt, daß Alles, was zur Umgehung des Senatusconsults geschieht, nichtig [1]) seyn soll, ein solcher Verzicht aber offenbar zum Umstoße des Gesetzes dient. Die Gesetzesstellen, welche man für die allgemeine Erlaubtheit der Verzichtleistung anführt, beweisen [2]) dafür nichts.

jur. lib. 2. c. 5. Weber v. d. natürl. Verbindlichkeit. §. 74. Not. 14. A. M. ist J. H. Boehmer l. c. 2. §. 15—18.

1) l. 29. §. 1. D. ad SCt. Vellejan. (16. 1.) ea quae in fraudem SCti excogitata probari possunt, rata haberi non oportere.

2) Nov. 118. c. 5. . . . mater aut avia. . . . His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Vellejani SCti renuntiant. Hier ist bloß von der Mutter und Großmutter die Rede, welche bei Uebernahme der Vormundschaft über ihre Kinder oder Enkel dem vellej. Senatusconsulte entsagt. Die l. 32. §. 4. D. cit. redet nicht nur von einem singulären Falle, sondern enthält auch die wissentliche Uebernahme der schon bevorstehenden Zahlung (*judicium suscipere* parata pro eo pro quo *intercesserit*), macht mithin kaum eine Ausnahme von der Regel, nach welcher eine Frau, die wissentlich gegen das Sen.-Con. zahlt, nicht geschützt werden kann. Nur die l. 30. pr. eod. scheint schwierig; jedoch kann sie nicht so viel bedeuten sollen, wie die Worte sagen, denn sonst müßte dieß Benefiz jedem Frauenzimmer nur das eine Mal, in welchem sie bei der Intercession es nicht kennt, zu Gute kommen. Vielmehr giebt die Stelle nur dann einen consequenten Sinn, wenn man annimmt, daß Paulus einen dolus oder eine betrügerische Absicht der Intercedentin noch neben ihrer Kenntniß des Sen.-Consults voraussetzt. Cf. Averanius, Interpr. jur. lib. 2. cap. 5.

— Eine **eidliche** Verzichtleistung kann nach richtigern allgemeinen Grundsätzen nur dann kräftiger seyn als eine unbeschworne, wenn die Verzichtleistung überhaupt erlaubt ist; da diese aber von einer consequenten Theorie nicht vertheidigt werden kann: so wird sie auch durch eidliche Bestärkung um nichts gültiger. Man nimmt in der Praxis aber an, daß das kanonische Recht dem Eide die Kraft beigelegt habe, das Benefiz aufzuheben [1]. 2) Das Benefiz des vellejanischen Senatusconsults fällt weg, wenn das intercedirende Frauenzimmer bei der Intercession mit besonderer Arglist handelte. Ist es bloß mit seinen weiblichen Gerechtigkeiten bekannt gewesen und hat dennoch intercedirt: so ist eine besondere betrügerische Absicht noch nicht zu schließen, welche vielmehr erst dann eintritt, wenn erwiesener Maßen die mit ihren Wohlthaten bekannte Intercedentin ausdrücklich zu dem Zwecke, den Gläubiger gefährden oder zu einem ihm nachtheiligen Creditiren verführen zu wollen, intercedirt hat [2]. — 3) Die Intercession eines Frauenzimmers bei einem minderjährigen Gläubiger, der von dem Schuldner, für welchen von dem Frauenzimmer intercedirt worden ist und von dessen übrigen Bürgen seine Befriedigung nicht erhalten kann, wird dadurch gültig, daß der Minderjährige gegen das Senatusconsultum Vellejanum wegen seiner mangelnden Jahre restituirt wird und es dann bei der Intercession [3] bleibt. Er ist

1) J. H. Boehmer l. c. §. 13. Einer Belehrung vom Inhalte der Benefize scheint es bei dieser Annahme der Praxis nicht einmal zu bedürfen. Thibaut S. des Pand. R. §. 949. und Note r.

2) l. 2. §. 3. l. 30. pr. D. ad SCt. Vellej. (16. 1.) Weber von der nat. Verb. §. 74. Not. 14. Weiter gehen J. H. Boehmer de effic. mul. interc. c. 2. §. 18. not. k. k. und v. Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen Bd. 4. Nr. 34.

3) Dieß ist mithin nicht auf die Fälle anwendbar (s. §. 518.),

nicht einmal verpflichtet, zuvor seine Vormünder auszuklagen, wenngleich er sich sollte an diese halten können [1]). — 4) Intercedirt ein Frauenzimmer zum Besten der von einem Andern zu gebenden dos (oder bei den Römern für die Freiheit einer Person): so soll es dabei des Senatusconsults sich nicht bedienen dürfen [2]). Dieß ist eine besondere ganz unregelmäßige Bestimmung, ohne daß man deßwegen [3]) berechtigt wäre, Frauenzimmerintercessionen, welche in der Absicht zu schenken geschehen sind, allgemein für gültig zu erklären. — 5) Wenn ohne Wissen des Gläubigers von einem Frauenzimmer intercedirt worden ist: so hat es das [4]) Benefiz des Senatusconsultes nicht. — 6) Wird die Intercedentin Erbin des Schuldners und kann sie als solche eben so wirksam belangt werden, als aus der Intercession: so kann auch gegen diese das Senatusconsult [5]) nicht eingeführt werden. — 7) Dasselbe gilt, wenn sie für ihre Intercession verhältnißmäßig belohnt oder entschädigt [6]) worden ist, oder, wenn die Summe, für welche intercedirt war, zum pecuniären Vortheile der Frau verwandt [7]) worden ist, und

wo die Intercession der Frau an sich null und nichtig ist.

1) l. 12. D. de minor. (4. 4.) cf. l. 3. C. si tutor vel cur. (2. 25.)

2) l. 24. l. 25. C. ad SCt. Vellej. (4. 29.)

3) l. 4. §. 1. l. 8. pr. ll. 21. §. 1. D. eod. (16. 1.)

4) l. 11. l. 27. pr. D. eod. l. 7. C. eod. conf. l. 28. §. 1. D. l. 1. l. 17. l. 19. C. eod. Die l. 13. C. eod. streitet dagegen nicht, s. v. Glück Pand. Bd. 15. §. 924. S. 8—10.

5) l. 8. §. 13. D. eod. Wegen des beneficii inventarii ist diese Stelle, so wie oben geschehen, beschränkter anzuwenden. Thibaut Pand. Syst. §. 947. Not. c.

6) l. 2. l. 23. C. eod. (4. 29.) z. B. auch durch Uebernahme einer fremden Schuld von einer eigenen befreiet ist l. 8. §. 2. l. 17. pr. D. eod., oder sie die Intercessionssumme vom Schuldner wiedererhalten hat. l. 15. 16. pr. D. eodem.

7) l. 17. §. 2. D. eod. (16. 1.) Nov. 134. c. 8. Vortheil, der kein pecuniärer ist, kommt nicht in Betracht.

sie mithin durch die Zahlung im Ganzen nichts verliert. — 8) Wiederholt eine volljährige Intercedentin zwei Jahr nach geschehener Intercession diese nochmals: so kann die erste durch die Einrede des Senatusconsults nicht mehr aufgehoben werden [1]). — Eine Ausnahme tritt nicht ein, es liegt aber in der Natur der Sache schon von selbst, daß die Frau sich nicht auf das Senatusconsult berufen kann, a) wenn dieselbe schon ohne Intercession für die nun übernommene Schuld zuletzt hätte haften müssen [2]), b) wenn sie die fremde Schuld bezahlt, ohne sie übernommen zu haben [3]), c) wenn sie bloß als Erbin des Schuldners [4]) angegriffen wird, d) wenn sie sich Jemanden, der noch keine Verbindlichkeit hat, zu Tragung der Gefahr dieser etwa entstehenden Verbindlichkeit verpflichtet [5]), e) wenn sie zu Jemandes Besten Etwas aufnimmt, ohne daß dieser ein Geschäft mit dem Gläubiger beabsichtigte, wiewohl dieser wußte, es sey das Aufgenommene für den Dritten bestimmt gewesen [6]); — denn in allen diesen Fällen findet keine wahre Intercession Statt und mithin auch keine Anwendung des vellej. Sen.=Consults.

B. Neuere Regeln und Ausnahmen.

§. 518.

Justinian gab die Verordnung, daß alle Intercessionen eines Frauenzimmers, welche nicht in einer öffentlichen Urkunde geschehen seyen, schon von selbst null und nichtig

1) l. 22. C. eod.
2) l. 3. l. 13. pr. l. 21. D. eod.
3) l. 5. D. eod. l. 4. C. eod.
4) l. 32. pr. D. eod.
5) l. 8. §. 1. l. 19. pr. D. eod. Cujacius ad Pauli R. S. lib. 2. tit. 11.
6) l. 13. C. eod.

seyn sollten [1]), es dabei also nicht einmal einer Einrede der Intercedentin [2]) bedürfe; ja er ging in einer Novelle [3]) so weit, daß er die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann auch dann für gänzlich null erklärte, wenngleich sie in einer öffentlichen Urkunde geschehen wäre. Letztere Bestimmung wird nach den Anfangsworten des Auszugs aus der Novelle 134. c. 8. zu der l. 22. C. ad Senatusconsultum Vellejanum gewöhnlich die Authentica „si qua mulier“ genannt. Man muß also zwei Fälle berücksichtigen. Entweder ist die Intercession eines Frauenzimmers in einer öffentlichen Urkunde geschehen, oder nicht. Im letztern Falle, also beim Mangel einer öffentlichen Intercessionsurkunde, kommt es gar nicht mehr auf das Senatusconsultum Vellejanum, noch auf dessen Ausnahmen [4]) an, denn die Intercession ist dann ohne Weiteres null. Nur folgende Ausnahmen werden auch hierbei wieder gesetzlich zugelassen: a) wenn ein Frauenzimmer eine dos für einen Andern bestellen will, und deßwegen [5]) intercedirt. b) Wenn die Intercedentin Bezahlung oder Vergütung für ihre Intercession genommen hat; unter welcher Bedingung sogar mündliche Intercessionen verbindlich seyn sollen [6]). c) Wenn die Intercedentin arglistig [7])

1) l. 23. §. 2. C. ad SCt. Vellej. (4. 29.) „Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes; pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio“ —.

2) Dieß ist das sogenannte beneficium l. 23. C. ad SCt. Vell.

3) Nov. 134. c. 8.

4) Die Glosse ad l. 23. cit. ist ungewiß, ob sie diese neue Wohlthat den Ausnahmen des SC. Vellej. unterwerfen solle, oder nicht.

5) l. 25. C. eod.

6) l. 23. pr. C. eod.

7) Wiewohl die Klage des betrogenen Gläubigers vielmehr aus dem dolus der Intercession als aus der bloßen Intercession anzustellen ist. Vergl. übrigens v. Glück Bd. 14. §. 922. S. 456. — Haftet die Frau wegen einer versio in rem: so kommt es ebenfalls auf l. 23. Cod. cit. nicht an.

gehandelt und den Gläubiger betrogen, besonders wenn sie ihm verheimlicht hat, daß ihr Geschäft eine Intercession enthalte. — Eidliche Bestärkung der Intercession kann nach der richtigen Theorie, abgesehen von dem Gebrauche der Praxis [1]), auch hier das ungültige Geschäft nicht gültig machen. — Wenn die Intercession in einer öffentlichen Urkunde [2]) geschehen ist: so fragt sich [3]) wieder, ob sie für einen Dritten geschah oder für den Ehemann der Intercedentin. Die für einen Dritten ist nach strengem Rechte an sich gültig und hat nur die Einrede des Senatusconsulti Vellejani in allen nicht ausgenommenen Fällen gegen sich (S. §. 516. 517.). Die Intercession für den Ehemann ist aber ungeachtet der öffentlichen Urkunde und ohne Rücksicht auf das Senatusconsultum nach der Novelle oder der daraus gezogenen Authentica si qua mulier gänzlich nichtig, und es gelten hier auch weder die Ausnahmen des Senatusconsults noch die drei ausgenommenen Fälle beim Mangel einer öffentlichen Urkunde; denn der Inhalt der (Authentica und) Novelle ist eine ganz abgesonderte Vorschrift, auf welche der Schluß von den Ausnahmen der allgemeinern Verordnungen nicht gemacht werden kann. Sie geht übrigens nicht bloß auf wahre Intercessionen, sondern auch auf alle Fälle, in denen Mann und Frau sich gemeinschaftlich verbindlich machen. Ist dieß also geschehen, so haftet nur der Mann und die Verbindlichkeit der Frau ist null. Man hat diesen Punct

1) S. §. 517.

2) Diese soll eigentlich öffentlich und von drei männlichen Zeugen unterzeichnet seyn; jetzt nimmt die Praxis ein gerichtliches Protocoll für hinreichend an. Höpfners Comm. §. 838. Not. 3.

3) Einige setzen das Wesentliche und Neue der Auth. si qua mulier bloß darein, daß die Wiederholung die Bürgschaft nicht gültig mache. J. H. Boehmer l. c. §. 6. 7. Pufendorf Obs. T. 3. Obs. 75.

sehr bestreiten wollen und viele Juristen haben besonders dagegen angeführt, daß eine gemeinschaftliche Schuldverschreibung gar keine Intercession sey; jedoch haben sie nicht bedacht, daß Justinian in der Novelle gar nicht [1]) bloß von Intercessionen redet. — Ist die Cession der Ehefrau für ihren Mann, wohl verstanden, wenn sie sich in einer öffentlichen Urkunde gemacht findet, zum eigenen Nutzen [2]) der Frau geschehen: so gilt sie allerdings. Aber eidliche Bekräftigung reicht auch hier nur nach den Grundsätzen einer unrichtigen Praxis zur Geltendmachung der Intercession oder gemeinschaftlichen Schuldverschreibung hin. Für den verstorbenen Mann kann die Frau nicht intercediren, so lange seine Erbschaft noch nicht angetreten ist, denn diese vertritt seine Stelle; ist sie aber angetreten, so hat die Authentica si qua mulier auf die Intercession der Wittwe für die Erben des Mannes keinen Bezug; vielmehr treten dann nur die übrigen Bestimmungen der l. 23. §. 2. Cod. ad Sen. Cons. Vellej. und des Senatusconsultes selbst ein. — Das benef. des SCt. Vellej., desgl. der l. 23. Cod. ad SC. Vellej. so wie die Auth. si qua mulier kommen beide der Mutter oder Großmutter nicht zu Gute, welche für ihre Kinder oder Enkel Vormünderin wird und unter Entsagung jener Wohlthaten deren Vermögen administrirt [3]).

1) Struben R. Bed. Thl. 1. Bd. 76. A. M. ist Donell. comm. lib. 12. c. 29. J. H. Boehmer l. c. §. 3.

2) Auth. si qua mul. ad l. 22. C. cit. Nov. 134. c. 8.

3) Nov. 118. c. 5.

Siebente Abtheilung.

Vom Spiele und von der Wette.

§. 519.

Sehr viel Aehnlichkeit mit einander haben das Spiel und die Wette, da bei beiden in einem gewissen Falle Etwas gegeben werden soll, was auf den entgegengesetzten Fall gewonnen wird; indessen sind sie auch wieder von einander verschieden und Viele setzen den Unterschied darein, daß beim Spiele der Entscheidungsfall von den Contrahenten herbeigeführt werde, während er bei der Wette ohne Zuthun derselben eintrete. Der wahre Unterschied zwischen beiden besteht jedoch, die Besonderheiten des Sprachgebrauchs abgerechnet, darin, daß die Wette immer nur einzelne Fälle betrifft, das Spiel aber eine fortgesetzte und geordnete Reihe zusammenhängender Wetten enthält.

I. Vom Spiele.

§. 520.

Spiel ist die nach vorher festgesetzten Regeln bestimmte, in einer fortgehenden Reihe von Wetten bestehenden Thätigkeit mehrerer Theilnehmer mit einem Gegenstande, dessen Erfolg innerhalb der Grenzen gewöhnlicher Kräfte und Fertigkeiten ungewiß ist und wobei ein Gewinn oder Verlust für jeden Spieltheilnehmer von dem Eintreten dieses ungewissen Erfolgs abhängig gemacht zu werden pflegt. — Verträge darüber, daß ein Spiel Verlust oder Gewinn für die Theile herbeiführen solle, sind völlig [1]) ungültig, außer

1) l. 4. §. 1. 2. D. de aleat. (11. 5.) l. 3. C. eod. (3. 43.)

wenn es auf Uebung [1]) der Körperkräfte und des Muthes [2]) abzweckt, ludi virtutis causa. Die Ungültigkeit der Spielverträge geht so weit, daß Zahlungen, welche der verlierende Mitspieler dem gewinnenden in Folge des Spiels macht, auf Seiten des Verlierenden zurückgefordert werden [3]) können. Giebt Jemand einem Andern wissentlich zum Spiele ein Darlehn: so hat der Darleiher keine Klage [4]), behält aber die zurückgezahlte Summe, wenn der Andere sie freiwillig [5]) zurückzahlte. — Wer Spieler in sein Haus aufnimmt und sie darin spielen läßt, hat, wenn er Unbill und Schaden, oder selbst Diebstahl zur Zeit des Spiels von ihnen erleidet, deßhalb keine Klage [6]) gegen sie. Uebrigens wird die Obrigkeit dadurch nicht verhindert, polizeilich oder criminalrechtlich einzuschreiten und zu strafen. Die Spieler unter einander behalten aber die Klage aus solchen Gründen [7]). — Geistliche [8]), welche unerlaubten Spielen beiwohnen, werden suspendirt, und Jeder, der

1) Daß Kegel- und Billardspiel den Körper, Schach Muth und Ueberlegung übe, ist gewiß. Vom Kartenspiele, welches Thibaut (Pandektenrecht §. 915.) auch dahin ziehet, scheint dieß keinesweges gesagt werden zu können; sonst müßte jetzt fast ganz Europa höchst muthig und klug seyn.

2) l. 2. §. 1. D. de aleatoribus (11. 5.) l. 3. C. eod. (3. 43.) Auch wenn Familienglieder um die Bezahlung der Zeche mit einander spielen, ist der Spielvertrag bindend. l. 4. pr. D. eod.

3) l. 4. §. 1. 2. D. cit. l. 3. C. cit. Ja, der Fiscus und Jeder aus dem Volke kann sie zurückfordernd einklagen.

4) l. 12. §. 11. D. mandati (17. 1.) l. 2. §. 1. D. quar. rer. non datur act. (44. 5.), welche sogar gegen den Käufer einer des Spiels wegen verkauften Sache, welche ihm evincirt wird, die Einrede giebt, er habe zum Spiele sein Geld hergeschossen. Vergl. v. Glück Pand. Bd. 11. §. 758. S. 334 ff.

5) Weber v. d. nat. Verbindlichkeit. §. 76. Nr. 1.

6) l. 1. pr. §. 1. 2. D. de aleat. (11 5.) v. Glück Pand. a. a. O. S. 337 ff. Was l. 3. C. eod. (3. 43.) von Confiscation der Häuser sagt, in welchen Spielpferde gehalten werden (equi lignei), ist heutzutag wegen Unbekanntheit dieses Spieles nicht mehr anwendbar und berechtiget um so weniger zu Analogien.

7) l. 1. §. 1. D. eod.

8) Auth. „interdicimus" C. de episc. et cleric. (1. 3.)

zum Spiele zwingt, mit nachdrücklicher Geld- oder unter Umständen mit angemessener Gefängnißstrafe belegt [1]). — Gültige, d. i. erlaubte Spielverträge haben übrigens die allgemeine Natur der Verträge, indessen keineswegs die der Schenkung [2]); außerdem dürfen Reiche nur um einen Ducaten (ultra unum solidum) spielen und es ist keineswegs gesagt, daß dieß heißen solle, in jedem Spielstadium, jeder einzelnen Wette, oder für das, was wir Point nennen, solle dieß der höchste Satz seyn [3]); sondern Justinian scheint befohlen zu haben, daß mehr als ein Ducaten überhaupt im ganzen Spiele nicht verloren werden solle. Aermere, d. i. die nicht 50 Ducaten im Vermögen haben, sollen noch niedriger spielen. Daß hierbei in Deutschland das Gewohnheitsrecht diese Grenzen erlaubter Spiele sehr erweitert hat, ist unleugbar; wenngleich die allgemeine Rechtstheorie von den Spielen auch bei uns noch die Römische bleibt. Manchmal erlaubt ausnahmsweise bei uns die Obrigkeit sonst unerlaubte Spiele unter gewissen Beschränkungen des Orts oder der Zeit [4]). — Das Ausspielen ist eine Art Spielvertrag verbunden mit einem andern Uebertragungsgeschäfte. Durch das Spiel wird derjenige, welchem für einen Preis ein gewisser Gegenstand (meistens käuflich) übertragen werden soll, zuerst ausgefunden und dann das Geschäft der Uebertragung daran geknüpft [5]).

1) l. 1. §. ult. D. de aleat. (11. 5.)

2) A. Mein. ist Hellfeld jur. for. §. 759., welcher danach die Frage entscheidet, ob ein hohes Spiel (als Schenkung) insinuirt werden müsse und den Pflichttheil verletzen könne.

3) l. 1. l. 3. C. de aleat. (3. 43.)

4) v. Glück Pand. Bd. 11. §. 759.

5) v. Glück a. a. O. §. 762. S. 367 ff.

II. Von der Wette.

§. 521.

Was das Spiel schädlich macht, ist die Reihefolge und Fortdauer, durch welche Habsucht und Leidenschaft gereizt werden. Daher ist das Spiel verboten, während [1]) die einzeln stehende Wette (sponsio) (s. §. 519.) erlaubt ist; es müßte denn seyn, daß sie zu einem Spiele selbst gehörte und gleichsam einen Theil desselben ausmachte. Dann steht und fällt ihre Erlaubtheit mit der des Spiels [2]). Sie bestehet übrigens in dem Vertrage, daß beim Eintritt eines gewissen Thatumstandes der eine Contrahent etwas gewinnen, der andere aber dasselbe verlieren solle; und es ist keineswegs erforderlich, daß dieser Wette eine Gegenwette oder gar in derselben Größe entgegengesetzt werde. Es werden alle Wetten, welche auf ein Wortspiel hinauslaufen, alsdann aus dem Gesichtspuncte des Betrugs für nichtig gehalten werden müssen, wenn die Absicht zu betrügen klar ist oder erwiesen wird; und nur diese Absicht des Betrugs [3]) kann eine Wette ungültig machen, bei welcher der eine Contrahent des Ausfallens der dem andern noch ungewissen Sache oder Begebenheit schon gewiß war. Entdeckt Jener diese Gewißheit dem Gegner nicht, so wird gewöhnlich die Absicht zu betrügen angenommen werden können. Ohne dieselbe aber macht die bloße Gewißheit der Kunde oder Ueberzeugung von dem Ausgange der Sache nichts gegen die Gültigkeit der Wette aus; denn es ist nach der Natur des Verhältnisses an sich

1) l. 17. §. 5. D. praescr. verb. (19. 5.) l. 129. D. de V. O. (45. 1.) v. Glück Pand. a. a. O. §. 760. Hagemann, praktische Erörterungen, Bd. 7. Nr. 129.

2) l. 3. D. de aleat. (11. 5.)

3) v. Glück a. a. O. §. 761. S. 343 ff. Hagemann a. a. O.

lediglich die Schuld des Mitwettenden, der festen Behauptung des Kundigen nicht geglaubt zu haben. — Der Gerichtsgebrauch pflegt auch dem Richter bei zu hohen Wetten ein Recht der Ermäßigung derselben einzuräumen [1]). — Wetten auf etwas Unmögliches sind null.

Achte Abtheilung.

Vom Vergleich.

I. Begriff des Vergleichs.

§. 522.

Ein Vergleich (transactio) ist ein Vertrag, durch welchen man sich, mittelst gegenseitigen Nachgebens, und so daß Jeder der Theile Etwas empfängt, über ungewisse Ansprüche vereiniget [2]). Allerdings müssen diese einigermaßen ungewiß [3]) seyn und zwar entweder insofern als die Parteien darüber, wenngleich vielleicht nur außergerichtlich, im Streite [4]) mit einander sind; oder insofern als an sich der künftige Erfolg [5]) dieser Ansprüche noch unsicher oder zweifelhaft scheint. Ist von der einen Seite oder von beiden Seiten im Wesentlichen über einen streitigen Punct nachgegeben: so kann allerdings auch nebenher oder von der andern Seite, gegen jenes Nachgeben gerechnet, ein außer dem Bereiche des Streites liegender Punct durch den Vergleich aufgegeben werden. Geben aber bei der

1) v. Glück a. a. O. S. 356.

2) l. 1. D. de transactionibus (2. 15.) l. 12. C. eod. (2. 4.) v. Glück Pand. Bd. 5. §. 345.

3) l. 29. §. 34. C. eod.

4) l. 2 C. eod. Es braucht jedoch kein Proceß zu seyn l. 8. D. eod. (2. 15.), meistens aber wird er dazu Veranlassung geben l. 65. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6.)

5) l. 11. C. eod. (2. 4.)

Vereinigung nicht beide Theile von ihren Behauptungen, Vortheilen oder Hoffnungen etwas nach, sondern nur der eine Theil: so ist das Geschäft nicht Vergleich; es ist dann [1]) Schenkung oder Remission. Das Nachgeben einer Partei kann auch dadurch geschehen, daß sie sich darauf einläßt, auf einen Schiedsrichter zu compromittiren oder durch einen außergerichtlichen Eid die streitige Sache abzumachen. — Eingegangen wird der Vergleich durch einfache Einwilligung beider Theile [2]). Die Befugniß, einen Vergleich abzuschließen, ist aber häufig noch mehr beschränkt, als die, andere Verpflichtungen einzugehen. So muß ein procurator entweder speciellen Auftrag zum Vergleich oder als Generalbevollmächtigter ein mandatum cum libera haben, wenn er im Stande seyn will, sich für den Mandanten zu vergleichen [3]). Eben so haben auch die Vormünder ohne erhaltenes obrigkeitliches Veräußerungsdecret und ohne daß es den offenbaren Nutzen des Pflegbefohlenen [4]) bezweckt, keine Erlaubniß, sich zu vergleichen; jedoch steht ihnen im Nothfalle [5]) frei, dem Gegner einen Eid zuzuschieben, welches der Abschließung eines Vergleiches ähnlich ist. Jedenfalls dürfen sie nur solche Vergleiche eingehen, durch die sie den Anspruch auf einen

1) l. 38. C. eod. l. 3. C. de repudianda vel abst. hered. (6. 31.)

2) l. 2. D. de transact. (2. 15.) l. 5. l. 28. C. eod. (2. 4.) Diese Einwilligung der Theile ist nach gemeinem Rechte ganz frei der Willkür derselben anheimgestellt, und es giebt darin gar keinen Fall, in welchem dem Gerichte erlaubt wäre, die Parteien zum Vergleiche zu zwingen und sich den sogenannten „Durchgriff" zu erlauben. v. Glück Pand. Bd. 5. §. 347. Nur ist nach gemeinem Rechte dem Richter die Pflicht und das Recht gegeben, nach Verhandlung der Vernehmlassung auf die Klage die Güte zu versuchen. J. R. Absch. §. 110.

3) l. 13. D eod l. 60. D. de procurat. (3 3.) l. 7. C. de transact. (2. 4.)

4) l. 46. §. ult. D. de adm. tut. (26. 7.)

5) l. 17. §. 2. l. 35. pr. D. de jurejur. (12. 2.)

künftigen Gewinn [1]) aufopfern; nie aber solche, durch welche ein schon erworbener Vermögenstheil weggegeben [2]) wird. — Der Vorsteher einer universitas hat zunächst auf die Verfassung der Körperschaft zu sehen, jedoch steht ihm in zweifelhaften Fällen das Recht zu, einen Vergleich zu schließen [3]). Der Ehemann kann über [4]) Dotalgüter nur soweit transigiren, als er sie veräußern darf, über Paraphernalgüter [5]) hat er dieß Recht ohne die besondere Einwilligung der Frau gar nicht. Daß der Vater über das Vermögen seiner Kinder, welche nicht in seiner Gewalt sind, sich nicht vergleichen könne, versteht sich von selbst; dem analog also auch nicht über das peculium castrense oder quasi castrense oder adventitium irregulare der noch in seiner Gewalt stehenden Kinder; wohl aber in Rücksicht der übrigen Peculien derselben [6]), sofern ein mündiges [7]) Kind, über dessen peculium adventitium regulare der Vater sich vergleicht, einwilligt. — **Gegenstand eines Vergleiches** kann zwar im Allgemeinen jeder ungewisse oder künftige Anspruch seyn; jedoch finden sich hiebei gesetzliche Beschränkungen: 1) Man kann keinen Vergleich gültig schließen, der zur Aufhebung [8]) einer wirklich eingegangenen Ehe führen würde. — 2) Ueber

1) l. 54. §. 5. l. 56. §. 4. D. de furt. (47. 2.)

2) l. 46. §. 7. D. de adm. et peric. tut. (26. 7.) l. 4. C. de praed. et aliis reb. min. (5. 71.)

3) l. 12. C. de transact. (2. 4.) conf. l. 34. §. 1. D. de jurejur. (12. 2.)

4) l. 42. D. de jure dot. (23. 3.) l. 10. C. eod. (5. 12.) Der Vergleich muß jedoch hinterher als gültig angesehen werden, wenn der Mann die dos völlig acquiriren sollte, nach Analogie der l. 17. D. de fundo dotali (23. 5.)

5) l. 8. C. de pact. convent. tam sup. dot. (5. 14.) cf. Pufendorf I. obs. 12.

6) l. 10. D. de pact. (2. 14.)

7) l. 8. §. 3. C. de bonis quae lib. (5. 61.)

8) c. 11. fin. X. de transaction. (1. 36.) Aber zur Aufhebung von Sponsalien gilt der Vergleich. S. v. Glück Pand. Bd. 5. §. 353.

Sachen, welche bereits durch ein rechtskräftiges Urtheil entschieden und folglich nicht mehr ungewiß sind (res judicata pro veritate habetur), soll ebenfalls kein Vergleich Statt finden [1]). Wenn Personen einen Vergleich über einen Gegenstand schließen, über welchen, ohne daß sie es wissen, ein rechtskräftiges Urtheil schon vorhanden ist: so meinen Einige, er müsse deßwegen als gültig angesehen werden, weil nur die Beweggründe zu dieser Handlung auf einem Irrthum beruheten [2]). Jedoch ist dieß unrichtig, denn es findet sich auch in dem Gegenstande selbst ein Irrthum; weil die Parteien glaubten, daß sie sich über noch unentschiedene Ansprüche verglichen, während diese bereits rechtskräftig festgestellt waren. — 3) Wenn Jemand sich hat ein Vergehen [3]) zu Schulden kommen lassen, und ihm deßhalb bevorsteht eine Strafe zu leiden: so kann er sich, wenn das Vergehen ein delictum privatum [4]) war, zwar darüber vergleichen; allein der Vergleich zieht für den sich Vergehenden, wenn er der andern Partei Etwas bezahlt [5]), eben so Infamie nach sich, als wenn er verurtheilt wäre. Steht aber auf dem Vergehen eine öffentliche auf Pönalklage zu erkennende Strafe: so findet sich ein sonderbarer, nur aus inconsequenter gesetzgeberischer Milde zu erklärender Unterschied in den Gesetzen.

1) l. 7. pr. l. 11. D. eod. (2. 15.) l. 32. C. eod. (2. 4.) l. 23. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6.)

2) Auch wegen l. 11. D. de transact. (2. 15.), welche Stelle aber dahin zu erklären ist, daß Zweifel oder Streit darüber Statt findet, ob rechtskräftig geurtheilt sey. Die Worte „quia adhuc lis subesse possit" sind für unsere Annahme entscheidend. Cf. Donell. ad leg. 32. C. eod. Nr. 1—8.

3) Diese Bestimmungen sind nur, soweit sie durch unser jetziges Criminalrecht aufgehoben sind, abgekommen, und gelten privatrechtlich noch immer.

4) l. 7. §. 14. l. 17. §. 1. D. de pactis (2. 14.)

5) l. 5. l. 6. §. 3. D. de his qui not. inf. (3. 2.) l. 18. C. ex quibus caus. infam. (2. 12.)

Wegen Capitalverbrechen [1]) nämlich soll man sich mit dem Ankläger vergleichen können, außer wegen des Ehebruchs, weil bei diesem im Vergleiche eine Kuppelei liegen würde [2]); über Verbrechen ohne Lebensstrafe (quae sanguinis poenam non ingerunt) ist aber der Vergleich unerlaubt. Ein dennoch darüber abgeschlossener Vergleich soll als Geständniß des Angeklagten angesehen und der Ankläger als Fälscher [3]) bestraft werden. — 4) Der Vergleich über den letzten Willen eines Erblassers, falls man den Inhalt der Verfügung nicht ganz [4]) genau kennt, ist verboten und zwar durch ein Prohibitivgesetz, welches, wenn es der Römische Jurist nicht sollte prohibitiv gemeint haben, doch von der Redaction unter Justinian deutlich als prohibitiv gegeben worden ist. Ein Eid kann einen solchen ungültigen Vergleich eben so wenig gültig machen, als einen andern ungültigen Vertrag; obwohl die Praxis auch hiebei aus dem canonischen Rechte das Gegentheil herleitet [5]). 5) Künftige Alimente könnten durch einen Vergleich von leichtsinnigen Personen leicht gegen eine gewisse Abkaufssumme aufgegeben werden, welche sie dann vielleicht verschleudern. Um dieß zu verhindern, ist ein Vergleich über künftige Alimente nicht erlaubt, außer wenn das Gericht ihn [6]) bestätigt. Jedoch geht das Gesetz nur auf

1) l. 18. C. de transact. (2. 4.)

2) l. 10. C. ad l. Jul. de adult. (9. 9.)

3) l. 7. D. de praevaricat. (47. 15.) l. 4. l. 29. pr. D. de jure fisci (49. 14.) l. 18. C. de transact. (2. 4.) Noodt, Diocletianus et Maximian. s. de transact. criminum (Op. T. 1.)

4) l. 6. D. de transact. (2. 15.) Gajus wird die Stelle allerdings nicht prohibitiv gemeint haben; in den Pandekten erscheint sie aber nicht anders. Vgl. l. 1. §. 1. D. test. quemadm. aperiantur (29. 3.) und Eversdyck ad l. 6. D. de transact. in Oelrichs Thesaur. Diss. Vol. 1. p. 3. N. 22. p. 117 seqq.

5) v. Glück Pand. Bd. 5. §. 349. Not. 77.

6) l. 8. pr. D. de transact. (2. 15.) l. 8. C. eod. (2. 4.)

künftige[1]) und zwar nur auf solche Alimente, welche in einem letzten Willen [2]) hinterlassen worden sind. Vergleiche, durch die man Alimente bloß verändert (z. B. Naturalien statt Geld, oder Geld statt Naturalien setzt), vermehrt, oder in Rücksicht der Zahlungstermine oder solcher Nebenumstände anders einrichtet, sind auch ohne [3]) richterliche Bestätigung gültig. Dieser Bestätigung soll [4]), wo sie erforderlich ist, eine Untersuchung des Verhältnisses vorangehen und zwar des Grundes, weßhalb sich der Alimentenberechtigte vergleichen will, der persönlichen Verhältnisse der sich vergleichenden Personen und endlich der Beschaffenheit des Vergleichs selbst. In solchen Fällen ist der Vergleich ohne richterliche Bestätigung oder ohne die vorangegangene Untersuchung nichtig, so daß der Alimentenberechtigte, ganz als ob gar kein Vergleich geschlossen wäre, seine Alimente fordern kann [5]); wobei er jedoch, falls er aus dem Vergleiche schon Etwas sollte erhalten haben, dieses Erhaltene (sofern er sich dadurch bereichert findet) herauszugeben verpflichtet ist. Selbst der Zutritt eines Eides von Seiten des sich vergleichenden Alimentenberechtigten kann hierin nach keiner Theorie einen Unterschied machen; denn sonst müßte es erlaubt seyn, unbetheiligten dritten Personen (in diesem Falle denjenigen, welchen der Alimentenbedürftige nachmals wieder zur Last fällt) durch einen willkürlichen Eid Nachtheile zuzufügen [6]).

Scip. Gentilis de alimentis lib. singul. ad orat. D. Marci (Opp. Neap. 1764. Tom. 3. p. 333 – 415.)

1) l. 8. C. cit. Ueber rückständige Alimente kann man transigiren.

2) l. 8. §. 2. D. eod. (2. 15.) Wegen Ausdehnung der Vorschrift auf gesetzliche (aber nicht conventionelle) Alimente s. v. Glück Pand. Bd. 5. §. 353. S. 54. u. Not. 48. 49.

3) l. 8. §. 6. l. 25. D. eod.

4) l. 8. §. 8 – 11. D. eod.

5) l. 7. §. 2. l. 8. §. 22. D. eod. (2. 15.) l. 23. §. 2. D. de cond. ind. (12. 6.)

6) v. Glück Pand. a. a. O. §. 353. S. 56.

II. Folgen des Vergleichs.

§. 523.

Die Wirkung des Vergleichs ist im Allgemeinen die, daß die verglichenen Ansprüche aufhören, und die etwa im Vergleiche neuverabredeten Berechtigungen und Verpflichtungen eintreten. Daher hat ein Transigent, wenn die andere Partei nach Abschluß des Vergleichs dennoch aus dem dadurch aufgehobenen Anspruche klagt, die exceptio transactionis [1]), und hat er in Folge des Vergleichs der andern Partei eine Gegenleistung entrichtet: so steht ihm, falls diese dessenungeachtet klagt, die Wahl zwischen der ebengenannten Einrede des Vergleichs und zwischen der Zurückforderung seiner Leistung frei [2]). — Wird gehörig zwischen den einzelnen Fällen unterschieden: so ist die Anwendung der aus dem Vergleiche entspringenden Klagen gar nicht zweifelhaft. Wenn der Vergleich, welchen man abgeschlossen hat, auf Anerkennung einer früherhin bestrittenen Forderung abgeschlossen ist: so kann man bei uns aus dem pactum des Vergleichs auf die anerkannte Forderung klagen. Bei den Römern aber war die transactio ein pactum nudum, wenn nicht eine causa civilis hinzutrat oder Erfüllung von der einen Seite einen Innominatcontract hervorbringt [3]). Der Vergleich auf Anerkennung einer vordem bestrittenen Forderung gab also nur alsdann eine actio praescriptis verbis,

1) l. 9. l. 24. l. 26. C. de transact. (2. 4.) l. 16. D. eod. (2. 15.)

2) l. 23. §. 3. D. de cond. ind. (12. 6.) Die l. 17. fin. C. eod. (2. 4.) („non etiam“) will wohl nur sagen, man könne nicht neben der Einrede des Vergleichs auch noch die Rückforderung geltend machen. l. 27. pr. D. de inoff. test. (5. 2.) l. 14. C. de transact.

3) l. 6. 28. 33. C. de transact. (2. 4.) l. 21. C. de pact. (2. 3.)

wenn dem Gegner für dessen Eingehung des Vergleichs ein Versprechen geleistet war; hatte man dieß nicht gethan, so konnte man aus dem Vergleiche nicht klagen [1]), durfte sich indessen der Klage aus der alten, durch den Vergleich abgethanen Forderung [2]) bedienen, und alsdann auf des Gegners Einreden die Replik des Vergleichs gebrauchen. — Geht der Vergleich auf die Entrichtung einer versprochenen Abfindung: so kann wiederum nach unserer Theorie der Verträge der Abzufindende die Abfindung aus dem Vergleiche einklagen. Auch hiermit stimmen unsere Quellen nicht überein. War nämlich im Röm. Rechte für die Abfindung einer Partei eine Gegenleistung von der andern versprochen, und war diese Gegenleistung schon erfüllt: so konnte die andere Partei gegen die erste wegen des Innominatcontractes mit der actio praescriptis verbis klagen; war die Gegenleistung aber nicht erfüllt: so gab es zur Einklagung der Abfindung gar keine rechtliche Hülfe. Hatte man für die versprochene Abfindung eine Forderung aufgegeben: so konnte man ebenfalls praescriptis verbis klagen [3]), jedoch auch die Klage aus der alten, durch den Vergleich [4]) abgethanen Forderung anstellen, und auf die Einrede des Vergleichs die Replik des dolus [5]) gebrauchen. — Seitdem übrigens in Deutschland aus dem Vergleiche immer eine actio ex pacto zu begründen ist, kann die Nichterfüllung des Vergleichs dessen Aufhebung nicht mehr zur Folge haben [6]), wenn nicht der Säumige und

1) l. 21. C. cit.

2) Sofern diese nicht durch eine noch außer dem Vergleiche liegende Novation ganz aufgehoben ist. Donell. ad l. 4. C. de transact. Gundling de transact. stabil. (Exerc. acad. T. 1. N. 8.) §. 33 — 36.

3) l. 6. l. 33. C. de transact. (2. 4.)

4) S. ebenvorher Not. 2.

5) l. 28. C. eod.

6) Arg. l. 6. C. eod. v. Glück Pand. Bd. 5. §. 355. v. Bülow und Hagemann Erörterungen Bd. 4. Nr. 4.

der Gegner gemeinschaftlich von dem Vertrage abgehen. — Das Röm. Recht betrachtet den Vergleich fast wie die res judicata und legt ihm wenigstens gleiche [1]) Unabänderlichkeit bei. Daher zieht der Bruch eines beschwornen Vergleichs besondere Strafen nach sich, Infamie und Verlust aller Ansprüche, welche aus dem Vergleiche entsprungen wären; ja sogar das in Gemäßheit des Vergleichs Gegebene, kann der Geber von demjenigen, welcher den Vergleich bricht, zurückfordern, während der Letztere [2]) an die Uebereinkunft gebunden bleibt. — Besondere Beachtung verdient noch die Eintheilung [3]) in einen generellen oder einen in allgemeinen Ausdrücken gefaßten, die verglichenen Puncte nur im Ganzen bezeichnenden, — und dann in einen speciellen Vergleich, welcher die verglichenen Gegenstände einzeln namhaft macht. Wiewohl die Bedeutung eines generellen Vergleichs in jedem einzelnen Falle aus der Absicht [4]) der sich vergleichenden Parteien zu erklären seyn wird: so ist er im Ganzen von den Gesetzen begünstigt und namentlich muß diejenige Partei, welche einen einzelnen, im Uebrigen vernünftiger Weise den Umständen nach wohl zu den verglichenen Ansprüchen zu ziehenden Punct, als nicht dazu gehörig oder als einen solchen, an welchen man bei dem [5]) Vergleiche nicht gedacht habe, bezeichnet, ihrerseits den Beweis übernehmen, daß der Vergleich hierauf nicht ausgedehnt gewesen sey; und sollte eine ganze Gattung von Ansprüchen durch einen Vergleich

1) l. 2. D. de jurejurando (12. 2.) l. 20. 41. C. de transact. (2. 4.) — l. 25. D. de statu hom. (1. 5.) l. 28. C. de transact. Donell. ad l. 20. cit. Nr. 2. 3.

2) l. 41 C. eod.

3) Gönner, jur. Abhandl. Bd. 1. N. 4.

4) l. 5. l. 9. §. 3. l. 12. D. de transact. (2. 15.) l. 31. C. eod. (2. 4.)

5) Vgl. l. 12. l. 29. D. de transact. (2. 14.) und l. 3. §. 1. l. 5. l. 9. § 1 3. D. eod.

beseitigt worden seyn: so kann keiner der Transigenten den Vergleich deßwegen anfechten, weil sich späterhin eine größere Anzahl Ansprüche jener Gattung vorgefunden habe, als er zur Zeit des Abschlusses vermuthete [1]). — Daß ein Vergleich dritten Personen weder nütze noch schade, folgt aus der Natur des Vertrags überhaupt [2]). Daher kommt ein Vergleich, welchen der **eine** correus promittendi schließt, dem andern nicht zu Gute oder zu Schaden [3]), falls sie nicht Gesellschafter sind. Indessen ist im Röm. Rechte **ein** Verhältniß, in welchem anerkannt ist, daß auch dritte Personen den Vergleich gelten lassen müssen: wenn nämlich über eine Erbschaft gestritten und dieser Streit dann dahin verglichen wird, daß die Streitenden sie unter sich theilen wollen: so [4]) müssen sich die Gläubiger und Legatare dieser Erbschaft den Vergleich insofern gefallen lassen, als sie nunmehr ihre Forderungen und Legate nach der verglichenen Eintheilung von beiden Transigenten einzuziehen haben, während sie dieselben, wenn nur **ein** Erbe die Erbmasse bekommen hätte, bloß mit diesem würden zu thun gehabt haben. — Ob der Ver-

1) l. 29. C. eod. (2. 4.) Ueberhaupt ist Irrthum über das Recht oder Unrecht bei einem verglichenen Proceß ohne Wirkung. l. 65. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 1.) l. 78. §. 16. D. ad SC. Treb. (36. 1.) l. 19. l. 23. C. de transact. (2. 4.) v. **Glück** Pand. Bd. 5. §. 348. — Jedoch hat Betrug, durch welchen Jemand zu Abschließung eines Vergleichs bewogen worden ist, auch hier seine gewöhnlichen Folgen. l. 9. §. 2 D. de transact. (2 15.) l. 65. §. 1. D. de cond. ind.

2) l. 3. pr. D. de transact. (2. 15.) l. 1. C. eod. (2. 4.) l. 2. C. inter alios acta (7. 60.)

3) l. 15 D. de tut. et ration. distr. (27. 3.)

4) l. 14. D. de transact. (2. 15.) — l. 3. pr. D. eod. scheint zu widersprechen; aber genau angesehen, redet sie von Inofficiosität des letzten Willens, wobei also der **Erbe** gar nicht ungewiß war, während l. 14. cit. Nichtigkeit des Testaments und Ungewißheit des Erben voraussetzt. **Schulting** not. ad Dig. T. 1. p. 373. und daselbst **Smallenburg**. not. 3—6.

gleich eine Novation enthalte, ist natürlich nur in den Fällen gefragt worden, wo an die Stelle der vorigen Forderung eine neue tritt; denn hebt der Vergleich bloß eine Forderung auf: so hat er gar keine Eigenschaft, die ihn mit der Novation vergleichen ließe. Im ältern Röm. Rechte erforderte die Novation eine Stipulation, mithin war in dem Vergleiche keine Novation enthalten. Bei unserm Systeme von den Verträgen aber steckt in dem oben vorausgesetzten Verhältnisse allerdings eine Novation, jedoch nach Justinians Vorschrift nur alsdann, wenn die Absicht der Novation sich erklärt findet [1]).

III. Evictionsleistung und Wiederaufhebungsgründe beim Vergleiche.

§. 524.

Wird der verglichene Streitgegenstand einem der Theile überlassen und nachmals demselben evincirt: so kann wegen dieser Eviction keine Vergütung gefordert werden, weil gar nicht als ausgemacht angesehen wird, daß der andere Theil der Auctor des Transigenten sey, welcher die evincirte Sache durch den Vergleich erhielt. Hat aber ein sich Vergleichender einen Anspruch aufgeopfert, dafür eine Sache zum Ersatz erhalten und verliert nun diese durch Eviction: so ist der andere Transigent verpflichtet, Entschädigung zu leisten [2]). — Die Wiederaufhebung eines Vergleichs wegen Zwanges und Betrugs richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Verträge [3]). Eine Art der Arglist hat das Röm. Recht hiebei

1) Gundling l. cit. §. (2 4.) 33 — 37.
3) l. 4. l. 13. l. 19. C. eod.
2) l. 33. C. de transact. l. 5. C. de dolo malo (2. 21.)

calumnia genannt und versteht darunter falsche Vorspiegelungen, welche den Gegner zur Einwilligung des Vergleichs betrüglich bewegen wollen. Sie enthalten einen zum Entschlusse wesentlich beitragenden dolus und machen [1]) also den Vergleich nichtig. — Ein solcher Irrthum, welcher bei andern Verträgen eine aufhebende Wirkung nicht hat, hat diese auch nicht beim Vergleiche. Wenn aber der Irrthum Gegenstände betrifft, welche man bei Eingehung des Vergleichs wesentlich voraussetzte, d. i. ohne deren als wahr angenommene Beschaffenheit man den Vergleich gar nicht würde abgeschlossen haben: so wird der Vergleich als ungültig zu betrachten seyn. Doch gehört hieher nicht ein Irrthum über diejenigen als zweifelhaft anerkannten Gegenstände, welche in dem Vergleiche selbst begriffen sind, als bedeutender oder unbedeutender angesehen wurden und gerade durch den Vergleich zu einer endlichen Gewißheit geführt werden sollen [2]). — **Verletzung über die Hälfte** kann in der Regel deßwegen zur Aufhebung eines Vergleichs keinen Grund geben, weil der Gegenstand, über welchen man sich vergleicht, auf einer Seite immer [3]) ungewiß ist, und die Verletzung über die Hälfte immer nur nach dem wahren, nicht auch putativen Werthe der Sachen beurtheilt werden müßte. Jedoch kann man, nachdem die Aufhebung wegen großer Verletzung nun einmal in der

1) l. 65. §. 1. fin. D. de cond. indeb. (12. 6.)

2) M. G. Goetz Comm. de errore in transact. recte aestimando. Norimb. 1797. Hiernach ist l. 78. §. 16. D. ad SCt. Trebell. (36. 1.) und l. 36. fin. D. fam. ercisc. (10. 2.) mit einander zu vereinigen. Vergl. v. Glück Pand. Bd. 5. §. 348.

3) l. 78. §. 16. D. cit. Vinnius, sel. quaest. Lib. 1. c. 57. Die l. 5. C. de dolo malo (2. 21.) spricht auch von Betrug und ist also auch nicht hierher zu ziehen. Die Unterscheidung zwischen dem wahren und dem putativen Werthe der Sache führt hier auf die richtige Entscheidung. A. M. ist Thibaut, Versuche Thl. 2. Nr. 11. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 5. §. 356.

Praxis ihre Ausdehnung bekommen hat, nicht leugnen, daß ein Vergleich wegen derselben alsdann aufgehoben werden müsse, wenn die einerseits gegebene Abfindung um das Doppelte so groß seyn sollte, als der größtmögliche Werthanschlag des aufgegebenen Anspruchs der andern Seite; und so auch umgekehrt bei einer um das Doppelte geringern Abfindung gegen die möglich kleinste Schätzung des jenseitigen Anspruchs. — Neu aufgefundene Urkunden können nur in zwei Fällen einem abgeschlossenen Vergleiche schaden: 1) Wenn bei dem Vergleiche falsche Urkunden zum Grunde gelegt worden sind und dieser Umstand sich durch die neu aufgefundenen echten Urkunden überzeugend aufklärt: so soll [1]) der Vergleich gänzlich nichtig seyn, selbst wenn er eidlich bekräftigt wäre. Dieß tritt aber auch dann, wenn die Falschheit der gebrauchten Urkunden sich nach geschlossenem Vergleiche auf irgend eine andere Weise, wenngleich nicht durch Auffindung der echten Documente gehörig erwiesen hat. 2) Zeigen die neu aufgefundenen Urkunden neue Ansprüche, welche nicht mit in dem Abschlusse des Vergleichs begriffen seyn konnten, weil man sie gar noch nicht kannte: so hebt dieß den Vergleich auf [2]). — Dagegen schadet es diesem nicht, wenn ein verglichener Anspruch, welcher vor dem Vergleiche zweifelhaft schien, durch neu aufgefundene Urkunden als unzweifelhaft sich darstellt [3]), oder wenn dadurch in Ansehung der streitigen oder ungewissen Ansprüche sonst ein Irrthum [4]) nachgewiesen würde. — Das Recht der Reue fällt beim Vergleiche gänzlich weg, wenngleich es conse-

1) l. 42. C. de transact. (2. 4.)
2) l 3. §. 1. l. 12. fin. D. eod. (2. 15.)
3) l. 19. C. eod. (2. 4.)
4) l. 78. §. 16. D. ad SCt. Treb. (36. 1.)

quenter Weise hätte gelten müssen, da transactio bei den Römern pactum nudum ist und erst durch Erfüllung von Seiten eines Transigenten zum Innominatcontracte wird. Aber das Gesetz schließt das Recht der Reue hier ausdrücklich aus [1]), der Gegner mag sich im Verzuge befinden oder man mag bloße Reue behaupten [2]). Aber beiderseitige Einwilligung (auch wenn diese bloß stillschweigend durch Anstellung der alten Klage von der einen und Nichtgebrauch der exceptio transactionis von der andern Seite eintritt) reicht natürlich hin, den Vergleich aufzuheben [3]); und ist alsdann die eine Partei zur alten Forderung zurückgegangen: so kann die andere, welche zu Beseitigung der vorigen Ansprüche Etwas gegeben hatte, das Gegebene ebenfalls zurückfordern [4]), da der Vergleich als nicht geschehen betrachtet wird.

Neunte Abtheilung.

Vom Compromiß.

I. Begriff und Gegenstand.

§. 525.

Compromiß (compromissum) ist derjenige Vertrag [5]), durch welchen die Contrahenten einen Schiedsrichter (arbi-

1) l. 65. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 5. 10. 39. C. de transact. (2. 4.)
2) l. 6. l. 36. C. eod.
3) l. 96. §. 1. D. de solut. (46. 3.) l. 14. C. de transact. (2. 4.)
4) l. 23. §. 3. D. de cond. ind. (12. 6.)
5) Nach Röm. Rechte wurde derselbe zum Zwecke der Klagbarkeit durch bloße Uebereinkunft nicht abgeschlossen. l. 11. §. 2. 3. 4. l. 13. §. 1. D. de rec. qui arb. (4. 8.) l. 5. C. de rec. arbitr. (2. 56.); wohl aber reicht diese bei uns hin; und Hinzufügung eines Eides macht, obwohl sie jetzt erlaubt ist, keinen Unterschied. l. 4. C. eod. Nov. 82. c. 11. §. 1. c. 6. X. de vot. (3. 31.)

ter, compromissarius judex) wählen zu dem Zwecke, einen unter ihnen obwaltenden Streit beizulegen. Dieß ist dem Vergleiche ähnlich. Ungewißheit des Ausganges dieses Streits, wenigstens in formeller Hinsicht, wird beim Compromiß, wie beim Vergleiche vorausgesetzt, und daher eine rechtskräftige [1]) richterliche Entscheidung der zweifelhaften Ansprüche als ein Umstand angesehen, welcher ein Compromiß unmöglich mache. Rechte, welche der Privatwillkür [2]) der Parteien entzogen sind, können durch ein Compromiß nicht geordnet werden. Ist aber ein Gegenstand, über welchen compromittirt werden kann, zur Entscheidung eines Schiedsrichters gestellt worden: so hat dieser nicht nur über den eigentlich streitigen Punct selbst, sondern auch über die daran sich knüpfenden Accessionen und Einreden [3]) zu entscheiden, jedoch nicht über eine etwa vorgebrachte Widerklage [4]) des Beklagten; es sey denn, daß die Parteien im Allgemeinen alle ihre Streitsachen, oder doch die einer gewissen Gattung der Entscheidung des Schiedsrichters unterworfen haben und dann auch die Widerklage zu dieser Gattung gehöre [5]). Uebrigens ist der Schiedsrichter an diejenigen Rechte gebunden, welche von dem competenten Gerichte hätten müssen zur Norm genommen werden, wenn vor diesem die Sache zur Entscheidung gekommen wäre; wobei jedoch den Parteien freisteht, auch über andere Rechtsnormen, welche der Schiedsrichter beobachten solle, einig zu werden [6]).

1) c. 11. X. de arbitris (1. 43.)

2) l. 32. §. 6. 7. D. de receptis (4. 8.) c. 9. X. de in int. rest. (1. 41.) J. H. Boehmer Jus eccles. prot. I. 43. §. 10.

3) c. 21. §. 3. X. de off. jud. del. (1. 29.)

4) c. 6. X. de arbitris (1. 43.)

5) l. 21. §. 6. D. de receptis (4. 8.)

6) Vergl. v. Glück Pand. Bd. 6. §. 467. S. 71.

II. Vom arbiter [1]).

§. 526.

Der Schiedsrichter, arbiter, verdankt seine Gewalt der freiwilligen Uebertragung von Seiten der Parteien und heißt daher angenommener Schiedsrichter, arbiter receptus. Seinen Vertrag mit den Parteien nennt man [2]) receptum. Schon hierdurch ist klar, daß er keine obrigkeitliche Gewalt hat [3]), und daher z. B. nicht adcitiren kann. Der Regel nach kann Jeder, dem Fähigkeit zum Urtheilen nicht mangelt, zum Schiedsrichter gewählt werden, wenngleich ihm die Fähigkeit zum eigentlichen Richteramte fehlen [4]) sollte; jedoch Frauenzimmer [5]), Personen unter 20 Jahren [6]) (wenn nicht beide Theile einen mindestens 18jährigen [7]) Schiedsrichter, dessen Alter ihnen bekannt ist, ausdrücklich wählen oder dieser gewählte 18jährige im Laufe seiner schiedsrichterlichen Thätigkeit und ehe sein Alter zum Streit Veranlassung giebt, 20 Jahr alt wird); ferner Rasende, Taube oder Stumme [8]), und endlich solche, welche bei der Sache interessirt sind [9]), können nicht zu Schiedsrichtern gewählt werden. Dagegen schadet Ver-

1) W. H. Puchta das Institut der Schiedsrichter. Erlangen 1823.

2) l. 6. 7. pr. de recep. qui arbitr. (4. 8.) Dieser Vertrag scheint schon nach Röm. Rechte durch bloße Uebereinkunft gültig geworden zu seyn.

3) Cujacii Parat. ad C. lib. 2. tit. 56. — Brissonius de Verb. sign. voc. *arbiter*.

4) l. 7. pr. bis l. 9. §. 1. D. de recept. (4. 8.) l. 6. C. eodem (2. 56.) c. 8. 9. X. de arb. (1. 43.)

5) l. 6. C. cit. c. 4. X. de arbitr. (1. 43.) Haben Frauenzimmer eigene Gerichtsbarkeit, so kann ihnen nach gemeinem Rechte die Fähigkeit, Schiedsrichter zu seyn, nicht abgesprochen werden. G. L. Boehmer de superarbitris (Elect. T. 1.) c. 3. §. 7.; v. Eichmann klein. Abhandlungen Nr. 22.

6) l. 41. D. de rec. qui arb. (4. 8.)

7) l. 57. D. de re jud. (42. 1.)

8) l. 9. §. 1. D. de recept. (4. 8.)

9) l. 51. D. eod.

wandtschaft mit einem der Compromittenten der Ernennung zum arbiter [1]) nicht. Der Römische judex soll dazu auch nicht erwählt [2]) werden, wohl aber der magistratus [3]); wird indessen der competente erwählt, so handelt er nach dem Gerichtsgebrauch und mit Ausübung seines Imperium, ganz als Staatsrichter, nur mit dem Unterschiede, daß die Parteien die Art des Verfahrens näher bestimmen dürfen [4]). Substituiren [5]) kann sich der arbiter keinen anderen, wenn dieß nicht ausdrücklich verabredet ist oder ihm von den Compromittenten nachständig erlaubt wird. Sind der Schiedsrichter mehrere, so müssen sie, wenn nicht das Gegentheil [6]) in dem Vertrage mit und unter den Compromittenten erlaubt worden ist, gemeinschaftlich handeln [7]), so daß, wenn einer ausfällt, das ganze Compromiß erlischt [8]), den Fall ausgenommen, wenn der einzelne austretende Schiedsrichter sich ohne Grund der Theilnahme [9]) entzieht. Sind die Schiedsrichter bleibend verschiedener Meinung, so entscheidet zu Erreichung des Spruches zuerst die Stimmenmehrheit [10]); dann wenn verschiedene Summen im arbitrium ausgesprochen seyn sollten, die geringere Summe [11]); und endlich ein Obmann (tertia certa persona [12]), superarbiter), welchen die Parteien schon ge-

1) l. 6. D. eod.
2) l. 9. §. 2. D. eod.
3) l. 3. §. 3. l. 4. D. eod. Pufendorf T. 1. obs. 170.
4) J. H. Boehmer jus eccl. pr. lib. 1. tit. 43. §. 4. v. Glück Pand. Bd. 6. §. 476. S. 71.
5) l. 32. §. 16. 17. l. 45. D. eod. c. 13. X. de arbitris (1. 43.) J. H. Boehmer l. c. §. 8.
6) l. 8. D. eod.
7) l. 17. §. 7. l. 18. D. eod.
8) l. 7. §. 1. D. eod. c. 42. X. de off. jud. deleg. (1. 29.)
9) c. 2. de arbitris in VI. (1. 22.) J. H. Boehmer l. c. §. 5.
10) c. 1. eod. in VI. Pars major, cujus arbitris stabitur l. 17. §. 6. D. de receptis (4. 8.)
11) l. 27. §. 3. D. eodem.
12) l. 17. §. 6. D. cit. G. L. Boehmer de superarbitris c. 1. §. 5. — c. 39. X. de offic. jud. deleg. (1. 29.) Die Fähigkeit des Superarbiter ist wie die des arbiter zu beurtheilen.

wählt haben, oder den jetzt die Schiedsrichter in Einigkeit erwählen. Es ist ganz consequent zu nennen, daß das Röm. Recht annimmt, das Compromiß sey, im Falle auf zwei Schiedsrichter compromittirt ist, welche mit einander nicht einig werden können und denen die Zuziehung eines **unbestimmten** (nicht namentlich angegebenen) Obmanns vorgeschrieben ist, überhaupt ungültig [1]), weil die Schiedsrichter ja auch in der Person des zu erwählenden Obmannes dissentiren könnten und dann vielleicht der Zweck des Compromisses gar nicht erreicht würde. Daß praktische Schriftsteller den Gebrauch dieser Bestimmung in Deutschland leugnen [2]), kann nur von der Gewohnheit der Anwendung gelten, nicht vom Werthe des Grundsatzes. Der Obmann kann übrigens einem der Schiedsrichter in seiner Entscheidung beitreten, oder auch eine dritte Meinung wählen, und das arbitrium tertii macht dann den eigentlichen Spruch aus [3]).

III. Von Verhandlung und Entscheidung der Sache.

§. 527.

Der Schiedsrichter läßt die Sache bei sich verhandeln und entscheidet sie, aber nur als **Privatmann**, nicht als magistratus, da Privatwillkür der Parteien ihrem Schiedsrichter nie öffentliche Gewalt geben kann [4]). Haben ihm die Parteien Vorschriften gemacht, so bindet er sich an diese, wobei jedoch eine von Seiten der Parteien geschehene

1) l. 17. §. 5. D. de rec. (4. 8.) c. 12. X. de arbitr. (1. 43.) v. Glück Pand. Bd. 6. §. 480.

2) J. H. Boehmer l. c. §. 6. 7. G. L. Boehmer l. c. c. 1. §. 10—12.; c. 2. §. 4—6., c. 3. §. 9.

3) l. 17. §. 6. D. eod. G. L. Boehmer l. c. c. 1. §. 16.

4) l. 3. C. de jurisd. omn. jud. (3. 13)

Vorschreibung des Inhalts seines Urtheils das Compromiß nichtig macht [1]). Außerdem befolgt er im Allgemeinen [2]) die Grundsätze der Behandlung der Sache vor der Obrigkeit. Den Anfang der Verhandlung macht die Klage, worauf der Schiedsrichter den Gegner zur Vernehmlassung auffordert [3]). Sind die Parteien über Thatsachen uneinig, so fordert er auch die nöthigen Beweise, welche auf die gewöhnliche Art erbracht werden müssen. Alsdann folgt der schiedsrichterliche Ausspruch (arbitrium, laudum), auf welchen der Vertrag der Compromittenten eigentlich gerichtet war. Er ist aber ungültig, a) wenn er die Grenzen des Compromisses überschreitet, sey es in Rücksicht des Gegenstandes, über welchen hauptsächlich entschieden werden soll, oder in einem Nebenpuncte [4]); b) wenn er eine Bestimmung enthält, welcher sich die Parteien nicht vertragsmäßig unterwerfen können, weil sie ihrer Disposition rechtlich entzogen oder unmoralisch ist [5]); c) wenn der Schiedsrichter bestochen [6]) war; d) wenn seine Feindschaft [7]) gegen eine der Parteien das Urtheil motivirte. Es versteht sich, daß derjenige Compromittent, welcher aus einem dieser Gründe die Gültigkeit des Spruches angreift, den erforderlichen Beweis führen muß. Verfügungen des Schiedsrichters vor der Definitivsentenz kann er nach Befinden der Umstände, ohne dabei an die genauen Regeln der Proceßgesetze des Staates gebunden zu seyn, immer

1) l. 19. pr. D. de rec. qui arb. (4. 8.)

2) Da aber das Compromiß nur ad similitudinem judiciorum redigitur, so muß dem Schiedsrichter unverwehrt bleiben, von den sonstigen Regeln des Processes in außerwesentlichen Dingen zweckmäßig abzuweichen. l. 1. D. eod.

3) l. 21. §. 11. l. 49. §. 1. D. eod.

4) l. 32. §. 15 D. eod. c. 6. X. de arbitr. (1. 43.)

5) l. 21. §. 7. D. eod. c. 5. X. tit. cit.

6) l. 31. D. eod.

7) l. 32. §. 14. D. eod.

noch abändern, ehe die Definitivsentenz eintritt, aber diese selbst ist unveränderlich [1]). Auch findet der Theorie nach keine Beschwerde der Partei bei der Obrigkeit über Unbilligkeit [2]) des Ausspruchs Statt, so sehr auch der Gerichtsgebrauch [3]) besonders wegen läsio enormissima [4]) sie begünstigt. Die dem Urtheile nachfolgende Geltendmachung der daraus entspringenden Rechte gehört an die Obrigkeit, da der Schiedsrichter keine Executivgewalt hat [5]); auch giebt sein Spruch nicht die actio judicati (s. §. 528.).

IV. Von den Rechtsmitteln aus dem Compromiß.

§. 528.

Da aus dem Compromiß als pactum nudum keine Klage entsprang, so war es bei den Römern gewöhnlich, durch eine constipulatio und compromissio poenae [6]) dem Geschäft die nöthige Wirksamkeit zu verschaffen (compromissum plenum) [7]). In einem solchen Falle unterblieb nun zwar das Urtheil, wenn die eine Partei ungehorsam war [8]), oder zur Eröffnung des Urtheils nicht er-

1) l. 19. §. 2. l. 20. l. 21. pr. D. eod. J. H. Boehmer J. E. pr. lib. 2. tit. 27. §. 16. 17.

2) l. 27. §. 2. l. 32. §. 14. D. eod. l. 76. D. pro socio (17. 2.) G. L. Boehmer de superarbitr. c. 1. §. 18. c. 2. §. 8. (El. jur. civ. Tom. 1.)

3) G. L. Boehmer l. c. c. 2. §. 8. c. 3. §. 13. Vergl. R. A. v. 1594. §. 66.; Schilteri Exerc. ad Pand. ex. 12. §. 6—8. und J. H. Boehmer J. E. P. I. 43. §. 15. und dagegen bes. v. Glück Pand. B. 6. §. 482. S. 94 ff.

4) Diese läsio enormissima ist im Reichsabschiede a. a. O. nicht weiter erklärt, als folgendermaßen: „es seye dann, daß sich die parthehen de enormissima laesione beklagen würden, quae liquido et manifeste ex actis constare possit, adeoque pravum sit arbitrium, ut manifesta ejus iniquitas appareat, auff welchen fall die revisio nit abgeschlagen, sondern derselbigen statt geben werden sol."

5) l. 5. C. de recept. (2. 56.)

6) l. 11. §. 1. D. de rec. (4. 8.)

7) l. 11. §. 2. D. eod.

8) l. 39. pr. D. eod. Merillii obs. lib. 6. c. 28.

schien [1]), oder sich an die Obrigkeit wandte [2]), auch fand, wenn es bis zum Urtheil gekommen war, aus diesem gar kein Rechtsmittel [3]) Statt, sondern bloß aus den Obligationen, welche aus der eigenthümlichen Eingehungsweise des Compromisses folgten. Dagegen verfiel jedes Mal die Strafe, wenn die Partei den Spruch durch die angeführten Handlungen [4]) verhinderte, oder den wirklich erfolgten Spruch gar nicht oder nicht nach der Vorschrift [5]) erfüllte. War zwar keine Strafe bedungen, aber doch stipulirt, so fand gegen den Widerspänstigen actio ex stipulatu [6]) Statt. Fehlte es auch an einer Stipulation, so trat vor Justinian zwar immer eine [7]) Einrede, aber nie eine Klage ein; statt dessen soll nun, wenn der Besiegte das arbitrium durch Unterschrift billigt, oder in 10 Tagen nicht dagegen protestirt, nicht bloß eine exceptio, sondern auch eine actio in factum auf Leistung und Execution aus einem solchen arbitrium homologatum [8]) Statt haben, im entgegengesetzten Falle das arbitrium ohne alle Wirkung seyn [9]). In Deutschland, wo jede Vereinbarung völlig verbindlich ist, müssen diejenigen Grundsätze gelten, welche die Römer bei der einfachen Stipulation aufstellen, das Compromiß also immer klagbar seyn; ein Grundsatz, von welchem auch das kanonische Recht allenthalben ausgeht [10]). Die besonderen Vorschriften Justinians über die

1) l. 27. §. 4. D. eod.
2) l. 30. D. eod.
3) l. 2. D. eod. Nov. 82. c. 11.
4) l. 30. D. eod. Man wich daher durch Erlegung der Strafe dem Schiedsrichterspruche ohne weitere nachtheilige Folgen aus.
5) l. 21. §. 12. l. 22. l. 52. D. eodem.
6) l. 27. §. 7. D. eod.
7) l. 11. §. 3. D. eod. l. 5. C. eod. (2. 56.)
8) l. 4. §. 6. C. eod.
9) l. 5. C. cit.
10) J. H. Boehmer J. E. Pr. lib. I. tit. 43. §. 14.

Wirksamkeit eidlicher [1]) Compromisse hat er selbst wieder aufgehoben [2]).

V. Von Erlöschung des Compromisses.

§. 529.

Das Compromiß erlischt: a) wenn die von den Parteien gesetzte Zeit ohne Publication des arbitrium verfließt [3]); b) wenn der Gegenstand des Streits untergeht [4]); c) wenn einer der Compromittenten verstirbt, noch ehe der Ausspruch erfolgt; es müßte denn das Compromiß ausdrücklich mit auf die Erben, und zwar (wegen Rücksicht auf die Natur des Vergleichs im Compromisse, der persönliche Geneigtheit voraussetzt) auf die Erben beider Theile, nicht eines Theils allein, gerichtet seyn [5]); d) wenn der Schiedsrichter verstirbt [6]), oder sich erlaubter Weise [7]) von Entscheidung der Sache lossagt. Sind mehrere Schiedsrichter ernannt, und ist einer von ihnen verstorben, den andern aber die Entscheidung auch in diesem Falle zustehend: so macht der Tod des einen keinen Unterschied. e) Wenn beide Theile vertragsmäßig, ausdrücklich oder stillschweigend von dem Compromißvertrage abgehen [8]): so endigt derselbe; f) ebenso wenn die Creditoren das Vermögen [9]) des einen der Compromittenten im Concurse zu

1) l. 4. C. eod.

2) Nov. 82. c. 11. J. H. Boehmer l. c. §. 9.

3) l. 3. §. 1. l. 21. §. 5. 8. l. 32. §. 3. D. de rec. qui arb. (4. 8.) l. 1. C. de receptis arbitris (2. 56.)

4) l. 32. §. 5. D. de rec. (4. 8.) Kann jedoch nach allgemeinen Regeln das Interesse statt des untergegangenen Gegenstandes gefordert werden: so hebt der Untergang desselben das Compromiß nicht auf.

5) l. 27. §. 1. l. 32. §. 3. l. 49. §. 2. D. eod. c. 10. ult. X. de arbitr. (1. 43)

6) l. 45. D. eod.

7) S. §. 530.

8) l. 9. §. 5. l. 11. pr. l. 32. §. 3. D. de rec. qui arb. (4. 8.), also auch wenn sie sich vergleichen. l. 32. §. 5. D. eod.

9) l. 17. pr. D. eod.

sich nehmen. — Einseitiger Rücktritt eines der Compromittenten kann den Vertrag allein nicht aufheben, es sey denn daß dieß vorbehalten war [1]). Ist auf diesen Fall eine Conventionalstrafe verabredet, so wird sie nach allgemeinen Grundsätzen verwirkt.

VI. Von dem Vertrage der Parteien mit dem Schiedsrichter.

§. 530.

Die Parteien müssen sich an die Person, welche sie zum Schiedsrichter wählen wollen, mit dem Antrage auf Annahme des Geschäfts wenden, und mit ihm darüber einen Vertrag (receptum) abschließen (s. §. 526.). Haben sie mit ihm abgeschlossen, so muß er die Sache sogleich vornehmen, und kann dazu, wenn er zögert oder sie liegen läßt, wie zur Erfüllung eines andern Vertrags auf eine simple Imploration gerichtlich [2]) gezwungen werden. Doch stehen demselben mehrere vom Richter zu prüfende [3]) Entschuldigungsgründe zur Seite: 1) bei den Römern, wenn das Compromiß nicht durch Stipulation oder Strafversprechen zu einem mit Klagbarkeit die Parteien bindenden gemacht worden war, und deßhalb die Wirksamkeit des Spruches zweifelhaft [4]) ist, was aber freilich in Deutschland, wo alle Pacta bindend sind, keinen Entschuldigungsgrund mehr abgeben kann [5]); 2) wenn er von den Parteien beleidigt [6]) oder durch Hintansetzung hinter einen an-

1) l. 30. D. eod.

2) l. 3. §. 1. D. de receptis qui arb. (4. 8.)

3) Lauterbach de arbitris compromiss. (Diss. acad. T. 1. Nr. 10. p. 260 — 285.) §. 32.

4) l. 11. §. 2 — 4. D. eod.

5) Schilteri Ex. ad Pand. ex. 12. §. 17.

6) l. 9. §. 4. 5. l. 10. l. 11. D. eod.

dern Schiedsrichter oder ein Gericht vorher vernachlässigend behandelt worden ist; 3) wenn er nach geschehener Annahme des Geschäfts der Feind eines der Compromittenten wird [1]); 4) wenn er bedeutende Verhinderungen (z. B. Krankheit) vorschützen kann, so lange diese dauern [2]); 5) wenn er die Sache noch nicht einzusehen behauptet, in welchem Falle ihm gegen eine von ihm zu leistende eidliche Versicherung noch eine Frist vom Richter gesetzt werden soll [3]).

Zehnte Abtheilung.

Vom außergerichtlichen Eide [4]).

§. 531.

Durch den Eid, welcher sonst nur im Processe als ein Beweismittel von einer Partei der andern zugeschoben werden kann, werden zuweilen auch ohne Proceß, nach Uebereinkunft der Parteien, streitige Umstände entschieden [5]). Dieß beruht auf dem Vertrage, die Wahrheit eines Streitpunctes auf den Eid eines Theils ankommen zu lassen, und dieß Ueberzeugungsmittel heißt **juramentum extrajudiciale.** Wer dem Andern den Eid außergerichtlich zuschiebt, wird auch hier Deferent genannt. Es läßt sich nicht verkennen, daß in diesem Vertrage ein Vergleich liegt, in welchem der Deferent seine angeblichen Ansprüche völlig fahren läßt, sofern der Andere die Wahrheit

1) l. 15. D. eod.
2) l. 15. 16. D. eod.
3) l. 13. §. 4. D. eod.
4) Es ist kein Grund vorhanden, die Gültigkeit dieses Rechtsinstituts für uns zu bezweifeln, s. v. Glück Pand. Bd. 12. §. 798. b. S. 249 ff. — Zirkler, B. über den außergerichtlichen Eid in Grolman's Mag. Bd. 1. Nr. 11.
5) l. 1. D. de jurejurando sive voluntario sive necessario, sive judiciali. (12. 2.) Donellus, comm. 24, 16.

des Gegentheils beschwören will; während dieser Andere es sich gefallen läßt, daß ihm die Bedingung der Eidesleistung gemacht wird [1]). Die Eigenschaft der Aehnlichkeit mit dem Vergleiche bewirkt bei dem außergerichtlichen Eide, daß dieser nur von solchen Personen zugeschoben werden kann, welche einen Vergleich gültig [2]) abzuschließen befugt sind. Also kann nicht jeder, der einen gerichtlichen Eid zuzuschieben das Recht hat, einen außergerichtlichen zuschieben. — Gegenstand der außergerichtlichen Eidesleistung kann Alles seyn, worüber [3]) man sich vergleichen darf, und es ist keineswegs die Beschränkung auf solche Thatsachen (wie es beim gerichtlichen Eide der Fall ist) hier anzunehmen, von denen der Delat eigene Kenntnisse hat, oder haben kann [4]); vielmehr wird durch den außergerichtlichen Eid alles dasjenige entschieden, was selbst bei der größten Ungewißheit des Delaten über diesen Gegenstand vertragsmäßig von seinem Eide abhängig gemacht worden ist. — Die Delation des außergerichtlichen Eides wird durch die Annahme von der andern Seite zum wirklich abgeschlossenen Vergleiche. Diese Annahme ist nach dem Charakter des Vergleichs willkürlich [5]); ist sie aber einmal geschehen: so steht der Vergleich fest, und der Deferent kann seinen Antrag nicht wieder zurücknehmen, da die Annahme des Eides schon der wahre Abschluß des Ver-

1) l. 21. D. de dolo malo (4. 3.) l. 1. l. 2. l. 31. fin. D. de jurejurando (12. 2.)

2) l. 35. §. 1. D. eod. l. 7. C. de reb. cred. (4. 1.)

3) l. 3. §. 1. 2. 3. l. 34. pr. D. eod. v. Glück Pand. Bd. 12. §. 799. S. 263 ff.

4) Sollte auch diese Unfähigkeit, Kenntniß von dem zu beschwörenden Gegenstande zu haben, in dem Mangel der Eidesmündigkeit des Delaten liegen, dennoch religioni stari debet, l. 26. pr. D. eod., weil der Deferent sich damit zufrieden gezeigt hat.

5) Was keineswegs beim gerichtlichen Eide der Fall ist. l. 38. de jurejur. (12. 2.) l. 9. C. de reb. cred. (4. 1.)

gleiches, die Handlung des Schwörens aber bloß die vollziehende Folge der Annahme ist und Niemand einseitig von einem geschlossenen Vergleiche wieder abgehen darf, namentlich aber einseitige Reue den Rücktritt vom Vergleiche keineswegs erlaubt macht. Der Delat kann den Eid weder zurückschieben, noch sein Gewissen mit Beweis vertreten [1]), noch endlich an der Formel des Eides, in welcher er ihm zugeschoben worden ist, die mindeste [2]) Veränderung begehren; auch eben so wenig das jusjurandum de calumnia verlangen, da der Vergleich den Begriff der Chicane ausschließt. Wenn der Delat aber mit dem Deferenten einig wird, daß jener nicht schwören solle, dagegen dieser sich gefallen lassen wolle, daß der Eid mit verkehrter Formel ihm zurückgeschoben werde: so ist dieß ein neuer Vergleich über ein juramentum extrajudiciale, aber nicht die Folge eines im gerichtlichen Processe gewöhnlichen Zurückschiebens. — Die Ableistung des Eides hat zur Wirkung, daß die beschworene Thatsache nunmehr unter den sich vergleichenden Parteien für wahr [3]) gilt und selbst ein Gegenbeweis dawider nicht Statt findet. Sollte sogar ein Beweis des Meineides gegen den Schwörenden geführt werden: so wird der Meineidige zwar criminell bestraft [4]), aber da es der Deferent einmal auf die Gewissenhaftigkeit des Delaten hat wollen ankommen lassen, bleibt der Ver-

1) l. 17. pr. D. eod.

2) Vielmehr steht die zugeschobene Eidesformel, auch wenn sie Unnöthiges oder Ungereimtes enthält, deßwegen fest, weil sie Bedingung eines willkürlich anzunehmenden oder abzulehnenden Vergleichs ist. l. 3. §. 4. l. 5. pr. l. 33. D. eod.

3) §. 11. I. de act. (4. 6.) l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. l. 28. fin. D. eod.

4) l. 21. l. 22. D. de dolo malo (4. 3.) l. 31. D. de jurejur. (12. 2.) l. 1. C. de reb. cred. (4. 1.) Die Carolina hat dieß nicht verändert, da sie bloß von gerichtlichem Meineide spricht. Art. 107. v. Glück Pand. Bd. 12. §. 798 b. S. 255. Comm. Donell. 24, 17.

gleich nichts desto weniger bestehen. Einzelner ausgenommener Fall ist: wenn ein Legatar beschworen hat, daß ihm ein gewisses streitiges Vermächtniß hinterlassen sey, und sich hinterher findet, daß sein Eid auf Irrthum oder Unwahrheit beruhe: so soll der Gegenbeweis erlaubt seyn [1]). — Ist durch einen außergerichtlichen Eid beschworen worden, daß die Forderung der andern Partei erfüllt oder nicht vorhanden sey: so wird diese damit als gänzlich aufgehoben betrachtet und es bleibt sogar nicht einmal eine obligatio naturalis [2]) davon übrig. Folglich kann der Deferent, wenn er nachher dennoch aus der abgeschworenen Forderung klagt, mit exceptio jurisjurandi [3]) besiegt werden, und sollte der Delat etwas bezahlt haben, so kann er es als ein indebitum zurückfordern. — Wenn aber das Daseyn einer Forderung beschworen worden ist, so hat [4]) der Delat seine (alte) Klage, und braucht keinen weitern Beweis zu führen; wobei vorausgesetzt wird, daß des Delaten Eid nicht bloß gegen die Behauptung des Deferenten im Allgemeinen gerichtet gewesen ist, also nicht bloß das Daseyn der Forderung überhaupt festgesetzt habe, sondern auch, daß dadurch dieselbe gerade dem Delaten beigelegt [5]) worden sey. Die nun anzustellende Klage ist keine neue aus dem Eide, sondern die alte [6]) aus der nun be-

1) l. 13. C. eod.

2) l. 40. l. 42. pr. D. de jurej. (12. 2.) l. 43. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 13. D. quib. mod. pign. v. hyp. solv. (20. 6.)

3) §. 4. I. de exceptionibus (4. 13.) l. 7. l. 9. pr. D. de jurejur. (12. 2.)

4) §. 11. I. de action. (4. 6.) l. 9. §. 1. l. 11. §. 1—3. l. 13. §. 3—5. D. eod.

5) l. 11. pr. D. eod. l. 7. §. 7. D. de public. in rem act. (6. 2.)

6) l. 7. §. 7. D. cit. l. 13. §. 3—5. D. de jurejur. (12. 2.) l. 25. §. 1. D. de pecun. constit. (13. 5.) — Dem scheint l. 30. pr. D. de jurejur. (12. 2.) zu widersprechen (non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari). Aber nähere Betrachtung lehrt, daß die Stelle weiter nichts bei-

schworenen Forderung. Als eine besondere Ausnahme hiervon ist der Fall zu betrachten, daß der Schwörende sich im Besitze der Sache befand und der Eid desselben nur darauf gerichtet war, die Klage auf Herausgabe der Sache abzuwenden; verliert nun nachher der Schwörende den Besitz der Sache und bekommt ihn der Deferent: so soll dem Erstern eine actio in factum aus dem Eide zugestanden werden [1]). Bei uns kann es nicht zweifelhaft seyn, daß die den Eid herbeiführende Uebereinkunft als pactum immer eine Klage giebt. — Hat Jemand das Daseyn eines zweiseitigen obligatorischen Verhältnisses beschworen: so hat nicht nur er die daraus entspringende Klage, sondern sie steht auch entgegengesetzt seinem Gegner aus dem Geschäfte zu [2]). — Im Allgemeinen kann es keinem Zweifel unterworfen seyn, daß der außergerichtliche Eid seine Wirkung nur auf die sich vergleichenden Theile [3]), nicht aber auch auf dritte Personen erstrecke; wiewohl allerdings die Folgen der Annahme, daß das beschworene Factum unter den Parteien als wahr [4])

ßen soll, als daß der Beweis dem Kläger, welcher den Eid geleistet hat, erlassen werde (exonerari petitorem probandi necessitate) und die Wahrheit des Eides gelte. — Der Widerspruch zwischen l. 7. §. 7. cit. und der l. 11. §. 1. D. de jurejur. (12. 2.) ist nicht ebenso leicht zu heben. Wenn jedoch l. 7. §. 7. cit. auf den Fall bezogen wird, in welchem der Klagende keine Klage vor dem Eide hatte, l. 11. §. 1. cit. aber auf den Fall, daß der Schwörende die Sache besaß und des Andern Klage abwenden wollte: so wird die Vereinigung einigermaßen möglich und der Fall der letztern Stelle (wie oben geschehen ist) als eine besondere Ausnahme zu betrachten seyn. — J. Cujac. Paratit. ad Cod. 4, 1. Maran. Parat. ad Dig. 12, 2.

1) l. 11. §. 1. D. eod. s. vorhergehende Note.

2) l. 13. §. 3—5. l. 30. §. 5. D. eod.

3) l. 3. § 3. fin. l. 10. D. eod. l. 1. pr. D. si mulier ventris nom. (25. 6.)

4) Nur unter der Beschränkung sind die folgenden Ausnahmen zu verstehen, daß die angenommene Wahrheit des Beschwornen (welche unter den Parteien gilt) den Dritten schädlich oder nützlich werden kann. l. 26.

gilt, soweit sie mit derselben unzertrennlich zusammenhängen, einigen Einfluß auf dritte Personen haben werden. Aber eigentlich schadet[1]) der Eid nur den Deferenten und nicht dritten Personen; wovon nur folgende Ausnahmen Statt finden: war der Deferent ein Stellvertreter, so schadet der Eid auch seinem Principale[2]), sofern jener zur Delation berechtigt war; auch soll die Eideszuschiebung eines correus stipulandi[3]) seinen Mitgläubigern schaden. Von der Regel, daß der Eid auch nur dem Delaten[4]) nütze und keinem Dritten, macht nicht bloß der Eid des Procurators eine Ausnahme, durch den auch dem Principale[5]) genützt wird, sondern auch der Eid des Vaters, welcher dem Sohne, und der Eid des Sohnes, welcher dem Vater dann nützt, wenn die Streitsache ein dem Vater untergebenes peculium[6]) betrifft. Auch kommt der Eid eines[7]) correus debendi seinem Mitschuldner zu Gute, so wie der Eid des Hauptschuldners dem Bürgen, und der des Bürgen dem Hauptschuldner[8]). Ist endlich in Rücksicht auf eine bestimmte Sache ein dieselbe von einer Last befreiender Eid geschworen: so nützt dieser jedem Inhaber der Sache[9]). — Deferirt eine Partei den außergerichtlichen Eid und erläßt ihn nachmals, ohne dessen

§. 1. l. 28. §. 1. l. 42. pr. §. 1. D. de jurejur. (12. 2.) l. 1. §. 3. D. quar. rer. actio non datur (44. 5.)

1) l. 7. §. 7. D. de publ. in r. act. (6. 2.) l. 9. §. 7. l. 11. fin. l. 12. D. de jurej. (12. 2.)

2) Vorausgesetzt, daß der Stellvertreter gültig deferiren konnte. l. 17. §. 2. 3. l. 20. l. 22. D. eod.

3) l. 28. pr. D. eod.

4) l. 13. pr. D. eod.

5) l. 9. §. 6. l. 42. §. 2. D. eod.

6) l. 24. l. 26. §. 1. D. eod. l. 24. D. de except. (44. 1.) l. 2. pr. D. quar. rer. act. non datur (44. 5.)

7) l. 28. §. 3. D. de jurej. (12. 2.)

8) l. 28. §. 1. l. 42. §. 1. 3. D. eod.

9) l. 7. l. 8. D. eod. l. 1. §. 2. D. quar. rer. act. non datur (44. 5.)

Ausschwörung nach geschehener Annahme zu verlangen: so hat dieß die Wirkung der Ausschwörung [1]), sofern der Erlassende über das Seinige gültig schalten und walten kann. Verweigerung des angenommenen Eides hat keinesweges zur Folge, daß die Behauptung als zugestanden angesehen werde, sondern nur, daß [2]) der jetzt eingegangene Vergleich sich auflöst, und der Verweigernde aus dem Vergleiche den Eid zu leisten nicht mehr befugt ist.

Dritter Abschnitt.

Von Verabredungen in Bezug auf einen andern Vertrag (Beiverträgen).

I. Allgemeine Grundsätze [3]).

§. 532.

Die Zahl der Verträge überhaupt läßt sich nicht erschöpfen, da die mannichfaltigen Verhältnisse des Lebens immer wieder andere Verabredungen hervorbringen. Eine besonderer Beachtung werthe Klasse von Uebereinkünften ist die, welche nicht selbstständig, sondern in Bezug auf andere Verträge, besonders auf Consensualcontracte vorkommt. Werden diese angehängten Verträge, **Beiverträge**, im Augenblicke der Eingehung eines andern diesem beigefügt (*pacta adjecta*): so gelten sie als Theile [4]) desselben, und die Klage aus dem Contracte erstreckt sich mit auf sie [5]).

1) l. 6. l. 32. D. de jurej. (12. 2.) l. 1. l. 8. C. de reb. cred. (4. 1.)

2) l. 5. §. 4. D. eod.

3) **Cujacii** obs. lib. 2. c. 15. v. **Glück** Pand. Comm. Bd. 4. §. 311. und Bd. 16. §. 990 — 1012. **Westphal** vom Kauf-, Pacht- und Miethcontract rc. S. 482 ff.

4) l. 1. §. 6. D. deposit. (16. 3) l. 23. D. de R. J. (50. 17.)

5) l. 7. §. 5. D. de pactis (2. 14.) Der Vertrag, welchem der Beivertrag gegeben wurde,

Werden sie aber erst später verabredet: so können sie bloße Wiederholungen des frühern Contractes, oder sie können ganz neue Contracte seyn. Ein pactum geminatum, oder die Wiederholung eines frühern Contractes, bringt keineswegs die Verbindlichkeit zu einer doppelten [1]) Erfüllung hervor, sondern läßt das frühere Verhältniß ungeändert, außer insoweit die Mängel des ersten Vertrags im zweiten verbessert worden sind, und dadurch mittelbar aufgehoben werden [2]). Wenn der spätere Contract die wesentlichen Bestandtheile des frühern Contractes verändert: so ist er ein ganz neuer Vertrag und es entsteht aus ihm eine neue Klage [3]). Wenn aber außerwesentliche Theile der frühern Vereinbarung abgeändert worden sind, und es ist nicht die Absicht der Parteien ausgesprochen, einen neuen Vertrag einzugehen: so hat dieß jetzt eine andere Wirkung als bei den Römern. Denn nach dem heutigen Systeme der Verträge kann aus dem Pactum geklagt werden; bei den Römern aber hatte der Nebenvertrag als pactum nudum bloß eine Einrede zur Folge und konnte mithin den älteren Vertrag nur beschränken, aber nicht erweitern [4]). — Auch eine gänzliche Aufhebung des Contractes kann verabredet werden (contrarius consensus, mutuus dissensus), zu welcher aber bei dem Mangel ei-

mußte bei den Römern ein negotium bonae fidei seyn, da ein anderes eine solche Erweiterung nicht duldete; auch mußte die Beifügung nicht erst nach völligem Abschlusse des Hauptgeschäfts geschehen. Noodt de pact. et transact. c. 12. und derselbe, de foenore et usuris lib. 13. c. 4. Bynkershoek lib. sing. ad l. lecta 40. de reb. cred. in operib. T. 2. p. 9—44. Vgl. Hugo civil. Magazin 1. Bd. Nr. 18. S. 141—210. der abgek. Ausg.

1) l. 18. l. 47. D. de V. O. (45. 1.)

2) l. 25. D. eod.

3) l. 7. §. 5. D. de pactis (2. 14.) l. 72. pr. D. de contr. emt. (18. 1.)

4) S. vorhergehende Note u. Note 5. der vorigen Seite.

ner Klage aus dem Aufhebungspacte die noch nicht erfolgte Erfüllung des Geschäfts oder vorgängige [1]) Rückerfüllung gehörte und die außerdem nur mittelst eines Rückkaufes, einer Rückpacht und dgl. wiederauflösenden Nebenverabredungen möglich [2]) wurde; eine Beschränkung, welche in Deutschland abermals hinwegfällt [3]).

II. Einzelne Verträge.

A. Bedungene Probe [4]).

§. 533.

Ist ein Vertrag auf eine Sache geschlossen, durch welchen eine Probe (ad gustum) mittelst Beivertrags bedungen worden ist: so wird er nicht eher perfect, als der Empfänger erklärt, daß die Sache die Probe bestehe. Wenn aber zu dieser Erklärung eine Zeit festgesetzt worden ist, innerhalb welcher sie abgegeben werden soll, so gilt das Stillschweigen bis nach Ablauf dieser Zeit für Verwerfung; ausgenommen wenn der Contrahent die Sache oder einen verhältnißmäßig ansehnlichen Theil derselben selbst schon in den Händen hatte, und innerhalb der zu seiner Erklärung bedungenen Zeit nicht zurückschickte. Ist keine Zeit zur Erklärung über den Probebefund verabredet, so kann der Empfänger diese verschieben [5]), bis ihm der andere Contrahent eine letzte Frist dazu von der Obrigkeit vorschreiben läßt [6]). Ist bloß auf Probe die Einwilli-

1) l. 7. §. 6. l. 58. D. de pactis (2. 14.) l. 6. §. 2. l. 72. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 2. C. quando lic. ab emt. disc. (4. 45.)

2) l. 1. C. eod.

3) Weber zu Höpfner's Comm. über die Institutionen. §. 1000. Note 3.

4) v. Glück Pand. Bd. 17. S. 1035. S. 156 ff.

5) l. 4. §. 1. D. de peric. rei vend. (18. 6.)

6) l. 4. § 2. D. eod.

gung der einen Partei gestellt: so braucht diese keine Gründe [1]) und keinen Maßstab ihrer Beurtheilung, im Falle und zur Rechtfertigung ihrer Verwerfung, anzugeben. Etwas Anderes ist es, wenn ein bestimmter Maßstab der Beurtheilung (z. B. die Entscheidung von Sachverständigen) ausgemacht worden ist. — Uebrigens prästirt der Geber der zunächst abzuliefernden Sache, sofern er diese nicht schon früher vertragsmäßig aus den Händen giebt, alle [2]) Culpa bis zur rechtzeitigen Erklärung des Empfängers, und falls diese eine Billigung ist, auch bis zur Ablieferung des Gegenstandes zufolge der allgemeinen Grundsätze; nach denen er auch die Gefahr [3]) bis zur Erklärung des Empfängers trägt.

B. Pactum displicentiä.

§. 534.

Das Pactum displicentiä ist ein Beivertrag, welchem zufolge dem Erwerber, in dessen Händen sich die Sache schon befindet, freistehen soll, die schon erworbene Sache, wenn sie ihm nicht gefällt, demjenigen, von welchem er sie erworben, zurückzugeben. Dieser Vertrag wurde im Römischen Rechte als Resolutivbedingung angesehen [4]) und nicht weiter ausgezeichnet. Es fällt durch diesen Vertrag der erste wirklich perfect gewordene Contract, welchem er angehängt ist, wenn das Mißfallen eintritt, hinweg [5]), und darin beruhet der Unterschied vom

1) l. 34. §. 5. de contr. emt. (18. 1.)

2) l. 4. D. de peric. rei vend. (18. 6.)

3) l. 1. pr. D. eod.

4) l. 3. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 2. §. 4. 5. D. pro emtore (41. 4.) l. 4. C. 4. 58.

5) l. 3. D. cit. Der Untergang der Sache ist dabei kein Hinderniß der Wiederaufhebung. Sie geht demjenigen verloren, auf dessen Gefahr sie stand. Arg. l. 2. D. de lege comm. (18. 3.)

Rückkaufsvertrage; denn durch diesen wird ein zweiter Vertrag zu dem ersten bestehenden hinzugefügt, mithin werden beide im Falle des Rückkaufs geltend. — Ueber den Einfluß dieser Verabredungen auf das dingliche Recht s. §. 266. a. Nach der Natur der Resolutivbedingung muß beim Eintritt des Mißfallens eine Sache, welche Früchte oder Zinsen trägt, mit diesen zurückgegeben werden. — Die Zeit der Displicenz hängt übrigens von den Parteien ab und deren Verabredung darüber ist im Römischen Rechte gar nicht beschränkt; jedoch werden zwei Monat dafür angenommen [1]), wenn die Parteien nichts Anderes verabredet haben. — Manchmal ist der Displicenzvertrag als Verabredung eines Reukaufs [2]) gestattet, wenn man nämlich ausmacht, daß beiderseitig, oder doch von einer Seite, gegen Bezahlung einer gewissen Geldsumme erlaubt seyn solle, wieder vom Vertrage abzugehen. Man muß dieß nicht mit Conventionalstrafe verwechseln, wiewohl es damit einige Aehnlichkeit hat. Der Unterschied besteht darin, daß bei der Conventionalstrafe der Gläubiger die Wahl hat, ob er die Erfüllung des Vertrags oder die Strafe fordern wolle; dagegen steht beim Reukauf dem Schuldner die Wahl zu, ob er die Sache empfangen und das pretium dafür geben, oder lieber den Reukauf bezahlen wolle.

C. Pactum de retrovendendo [3]).

§. 535.

Der Beivertrag des Wiederverkaufs zwischen Käufer

1) l. 31. §. 22. D. de aedil. edicto (21. 1. [„tempus sexaginta dierum"].

2) Bach de mulcta poenitentiali in emt. vendit. in Opusc. Nr. 10. p. 386 sqq.

3) v. Glück Pand. Bd. 16. §. 997—999. Sollte aber in dem

und Verkäufer bindet den ersteren, die Sache auf Verlangen [1]) des Verkäufers diesem wieder [2]) zu verkaufen. Ist es vertragsmäßig dem Verkäufer zur Pflicht gemacht, die Sache auf Verlangen des Käufers von diesem wieder anzukaufen: so ist das Geschäft ähnlich und heißt **Pactum de retroemendo** [3]). — Es entsteht aus diesem Vertrage nur ein persönliches Recht zwischen den beiden Parteien, welches nach der Uebergabe an eine dritte Person zum Zwecke der Verfolgung der Sache beim Wiederverkaufe nicht geltend gemacht werden kann [4]); es sey denn, daß der Contrahent, welcher sich ausbedang, daß ihm wiederverkauft werden müsse, vor Uebergang der Sache an einen Andern das Eigenthum derselben sich vorbehielt, oder sich von diesem Erwerber eine Hypothek daran bestellen ließ. Indessen kann auch der Wiederkaufsvertrag so abgeschlossen seyn, daß der Eintritt des Wiederverkaufs als Resolutivbedingung angesehen und dadurch jede Veräußerung an dritte Personen zwischen dem Zeitpuncte des Kaufs und des Wiederverkaufs der Kraft beraubt wird, einer Uebertragung des dinglichen Rechts zur Grundlage zu dienen. — Tritt der Wiederverkauf ein, so

Wiederverkaufs- u. Wiederkaufsvertrage bloß ein pactum antecedens zum Zwecke der Abschließung eines neuen Contractes, welcher das Umgekehrte vom bisherigen Contracte enthält; begriffen seyn: so ist es kein Beivertrag. S. Heise Grundriß d. Civ. R. Buch III. §. 272. Note 16.

1) l. 2. l. 7. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) Pufendorf Tom. 4. obs. 16.

2) l. 12. D. de praescript. verb. (19. 5.) l. 2. C. cit. (4. 54.)

3) Sowohl das Recht aus dem erstern, als dem zweiten Beivertrag gehet in der Regel auf Erben über und kann wie eine andere Obligation cedirt werden. v. Wening-Ingenheim Civilrecht. B. III. §. 273.

4) Denn zunächst ist die Folge des Geschäfts und der Tradition, daß der Käufer Eigenthümer wird, folglich sein Realrecht auch weiter an Dritte übertragen kann.

muß der Käufer die Sache mit allem Zubehör (Accessionen und Früchten) wieder abliefern, so wie sich die Sache im Augenblicke des Rückkaufes befindet, nebst demjenigen, was nachher hinzukommt [1]). Es ist nur eine inconsequente Billigkeit, wenn man dem abliefernden Käufer die Hälfte der bei der Ablieferung hängenden Früchte zutheilt [2]); da er nur alle vorher percipirten Früchte, als für ihn erworben, bekommen und behalten muß. Der Wiederkäufer hat dagegen den Kaufpreis zu zahlen, welcher in Ermangelung einer andern vertragsmäßigen Bestimmung der ursprüngliche Kaufpreis [3]), wie ihn der Verkäufer empfangen hatte, seyn kann. Sollte der Käufer nicht im Stande seyn, die Sache zurückzuliefern, so hat er das ganze Interesse zu bezahlen, falls er sie nicht ohne Verschulden verloren hat [4]). Was die Werthveränderung der Sache selbst vom Zeitpuncte des Verkaufs bis zu dem des Wiederverkaufs betrifft: so ist zu unterscheiden, ob die Sache der Verabredung der Parteien gemäß nach einem Preise wieder verkauft werden soll, welcher erst beim Zeitpuncte des Wiederverkaufs durch Schätzung ausgemittelt wird. In diesem Falle ergiebt eine gehörige Taxation dasjenige, was für Verwendungen des bisherigen Käufers ersetzt oder für Verschlechterungen abgerechnet werden muß. Wenn aber der Wiederverkauf gegen einen vorher festgestellten oder gegen den ursprünglichen Kaufpreis Statt finden soll: so muß, meistens schon den allgemeinen Grundsätzen gemäß, a) der Wiederkäufer sich diejenigen Verschlechterungen des Gegenstandes, welche eine

1) l. 2. Cod. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.)

2) Cocceji J. C. Lib. 18. Tit. 1. qu. 43.

3) Pufend. Tom. 2. Obs. 75. Vergl. v. Glück a. a. O. §. 999.

4) v. Glück Pand. a. a. O. S. 202.

natürliche Folge des regelmäßigen Gebrauchs der Sache gewesen sind, gefallen lassen und kann deßhalb den Wiederkaufspreis nicht kürzen; b) dasselbe gilt bei solchen außerordentlichen Verschlechterungen, welche Folgen des Zufalls sind; c) dagegen muß der Wiederverkäufer sich die von ihm verschuldeten [1]) außerordentlichen Verschlechterungen in Abzug bringen lassen; wogegen er d) alle frühern, der Aufkündigung vorausgehenden, nöthigen Verwendungen auf die Sache, so wie alle nützlichen Auslagen auf dieselbe, falls letztere noch vorhanden sind, also den Werth der Sache zur Zeit der Ablieferung noch erhöhen, erstattet erhalten muß; während die spätern nöthigen oder nützlichen Verwendungen ganz den Grundsätzen des Kaufes folgen [2]). e) Aber andere Kosten, z. B. wegen eigener Versehen, oder wegen Fruchtgewinnung, darf er nicht fordern. Die analogen Schlüsse auf den Beivertrag de retroemendo sind hieraus leicht zu ziehen. — Es bleibt aber noch die Beantwortung der Frage übrig, ob das Recht des Wiederkaufs in einer bestimmten Zeit verjähre, falls es nicht, wie gewöhnlich geschieht, im Vertrage auf eine bestimmte Frist beschränkt, und mit Ablauf derselben verloren worden ist. Einige sind der Meinung, die dreißigjährige Verjährung könne hier deßwegen nicht wirken, weil sie nicht Rechte und Verbindlichkeiten, sondern bloß Klagen aufhebe; eine Klage aber nicht früher Statt finde, als bis der Verpflichtete sich geweigert habe, den Wiederverkauf oder den Wiederkauf eintreten zu lassen. Nach dieser Meinung wäre eine Klage nicht als entstanden anzunehmen, bevor der Berechtigte nicht durch Weigerung

1) Wobei in Betreff seiner Culpa der Maßstab des Kaufcontractes überhaupt gilt. —

2) v. Glück Pand. a. a. O. §. 999.

des Verpflichteten zur Klage gedrungen ist. Diese Annahme ist falsch. Ein Klagerecht ist entstanden von da an, wo man erforderlichen Falles klagen kann, nicht erst von da an, wo man zu Behauptung seiner Rechte klagen muß; folglich ist es richtig, daß die Extinctivverjährung von dreißig Jahren (zu berechnen von dem Zeitpuncte an, in welchem der Berechtigte sein Recht hätte ausüben können) [1]) der Klage auf Wiederkauf oder Wiederverkauf ein Ende macht.

D. Lex commissoria [2]).

§. 536.

Allen Verträgen, deren Gegenstand nach der Natur der Sache dieß erlaubt, kann die lex commissoria oder das **pactum commissorium** [3]) hinzugefügt werden, wenngleich in unsern Quellen, historischen Gründen gemäß, nur beim Kauf- und Pfandcontracte dieser Beivertrag besonders auseinandergesetzt ist. Das commissorische Pactum besteht

1) Also mindestens von da an, wo der Berechtigte gekündigt, oder wo der Verkäufer das Kaufgeld zurückgegeben (beim pactum de retroemendo) hatte. Vgl. über die verschied. Meinungen Höpfner, Comment. über d. Inst. §. 873. Not. 6. 7. v. Glück Pand. Bd. 16. §. 998. Ohne den mindesten juristischen Grund ist die Meinung, 30 Jahre nach der Tradition der Sache sey das Recht auf deren Rückforderung oder auf den Rückverkauf erloschen. Daß man sich aber gar durch einen Vertrag (jenachdem sich der Contrahent das Recht auf immer ausbedungen habe, in welchem Falle die im Texte angenommene Meinung gelte, — oder nicht auf immer, in welchem Falle das Klagerecht 30 Jahre nach der Tradition der Sache verjährt sey) — gegen die Extinctivverjährung zu schützen meinte, gegen die ein Vertrag nie gelten kann, ist eine unwissenschaftliche Ansicht. Cf. H. G. Bauer responsa. Tom. 2. Nr. 48.

2) Kind quaest. for. T. 1. c. 44. — C. Albert über den commissorischen Vertrag im Allgemeinen und insbes. bei Zeitpachtcontracten über Landgüter. 1822.

3) Oder gar pactum legis commissoriae. c. 7. X. de pignor. (3. 21.) Conf. Faber error. pragm. Dec. 21. E. 1.

überhaupt, ähnlich der Conventionalstrafe, aus der Uebereinkunft zweier Parteien in Beziehung auf eine andere zwischen eben denselben entstehende oder bereits entstandene obligatorische Verpflichtung, daß der eine der Contrahenten einen gewissen Nachtheil sich gefallen lassen oder etwas verwirken wolle oder solle, wenn er jener Hauptverbindlichkeit zur rechten Zeit nicht nachkomme. Beim Kaufe gestaltet sich dieser Beivertrag insbesondere so, daß der Käufer sein ganzes Recht aus dem Geschäfte verliere, wenn er nicht zur rechten Zeit den Kaufpreis bezahle. In Beziehung auf den Pfandvertrag ging die lex commissoria dahin, daß der Schuldner, falls er in einem bestimmten Zeitpuncte die Pfandschuld nicht bezahlt haben sollte [1]), das Recht der Einlösung seines Pfandes durch die Bezahlung verlieren und dem Gläubiger die Befugniß einräumen wolle, das Pfand ohne Rücksicht auf dessen vielleicht höhern Werth, insbesondere auch ohne Verkauf desselben, für die Schuld zu behalten. Aber dieser Beivertrag ist jetzt ungültig und nach der richtigern Meinung auch dann, wenn er mittelst Eides bestärkt seyn sollte; obwohl die Praxis bei der beschwornen lex comm. das Gegentheil [2]) anzunehmen pflegt. Der Abschluß des commissorischen Vertrags nach der Zeit der Verpfändung macht ihn nicht gültiger, als er sonst wäre. Jedenfalls ist ein commissorischer Vertrag beim Pfande alsdann gültig, wenn bei der Verpfändung selbst der Schuldner einräumt, daß dem Gläubiger das Pfand ohne dessen Verkauf für einen billigen [3]), entweder sofort bestimmten oder demnächst festzusetzenden Preis käuflich zu-

1) Vgl. Thl. 2. §. 336.

2) Auch Schweppe nahm (s. §. 336.) die gemeine praktische Meinung an. Vergl. v. Glück Pand. Bd. 14. S. 93—95.

3) Also für einen Preis, der eine betrügliche Abpressung nicht vermuthen läßt. Vgl. §. 336.

fallen, — oder auch daß es einem für den Schuldner bezahlenden Bürgen gegeben werden solle. — Als Beivertrag zum Kauf kommt die lex commissoria theils so vor, daß dadurch der abgeschlossene Kaufvertrag, nachdem er als vollendet betrachtet wird, sich wiederum [1]) auflöset; theils so, daß er als unvollendet dadurch aufgehalten wird und, wenn die lex commissoria eintritt, gar nicht zu Stande kommt. Es hängt dieß von den factischen Umständen ab, die sich im Allgemeinen nicht genauer bestimmen lassen. Ist der Käufer ohne Schuld des Verkäufers mit Bezahlung des Kaufpreises [2]) säumig: so tritt die Wirkung der beim Kaufe verabredeten lex commissoria ein, d. h. der Verkäufer kann, wenn es dann ihm [3]) beliebt, den Kauf als aufgehoben betrachten. Entsagt er aber dieser Befugniß ausdrücklich oder stillschweigend, und nimmt z. B. die Bezahlung [4]) des ganzen Preises nachmals an, oder fordert ihn gerichtlich oder außergerichtlich noch ein [5]): so fällt die lex commissoria hinweg. Ehe der Verkäufer erklärt, daß er von dem Beivertrage Gebrauch machen wolle, steht dem Käufer die Nachholung seiner Versäumniß noch immer zu, so weit es die allgemeinen Grundsätze von der morae purgatio erlauben (s. §. 389.); doch ist zu bemerken, daß auch hier theilweise Zahlung gegen die Wirkung der mora nicht schützt, so wenig auch noch an der vollen Summe

1) Gewöhnlich wird er resolutiv abgeschlossen seyn. l. 1. D. de leg. comm. (18. 3.) l. 38. §. ult. D. ad l. Falcid. (35. 2.) v. Glück Pand. Bd. 16. §. 1006. S. 273—275.

2) l. 4. §. 1. 4. l. 8. D. eod. v. Glück a. a. O. §. 1008. S. 279 ff. Diese Säumniß tritt aber schon mit dem Ablaufe des verabredeten oder gerichtlich bestimmten Termins ein, und es bedarf dazu nicht aufs Neue einer Mahnung. l. 4. §. 4. D. cit.

3) l. 1. 2. 3. D. eod.

4) l. 4. §. 2. l. 6. § 2. D. eod.

5) l. 7. D. eod. l. 4. C. de pact. inter emt. et vend. (4. 54.)

fehlen mag. Sollte die Zahlungszeit nicht ausgemacht seyn: so muß auf Anrufen der Richter eine billige Frist [1]) bestimmen. — Folgen des wirklichen Eintritts dieses Beivertrags sind: a) daß der Käufer die gekaufte Sache nebst Accessionen und gewonnenen Früchten wieder herausgeben muß [2]); daß der Käufer auch die dem Verkäufer gezahlte Arrha (oder was außerdem des Geschäftes wegen gegeben worden) [3]) verliert, da der Hauptvertrag als aufgegeben erscheint, sofern nicht ein Entgegenstehendes über die Arrha aus den besondern Grundsätzen über dieselbe oder aus einer eigenen Vereinbarung resultirt. b) Selbst die genossenen Früchte muß der Käufer dem Verkäufer im Falle der lex commissoria ersetzen, sofern [4]) dieser dafür nicht einen entsprechenden Ersatz behalten hat. c) Den bezahlten Theil des Kaufgeldes aber erhält der Käufer wieder, wenn nicht [5]) das Gegentheil ausgemacht ist. — Was das Recht des Verkäufers betrifft, eine durch die lex commissoria ihm wieder zufallende Sache auch bei einem Dritten zu verfolgen, welcher sie unmittelbar oder mittelbar vom Käufer erworben hat: so steht jenem das Recht der Vindication bei suspensiver lex commissoria jedenfalls zu; ist sie als eine Resolutivbedingung geschlossen: so wird auch dabei die Vindicationsbefugniß anzunehmen, jedoch mit der Einschränkung zu verstehen seyn, daß der Gebrauch [6]) der lex

1) l. 2. l. 4. pr. D. de leg. comm. (18. 3.)

2) l. 4. pr. §. 1. l. 5. l. 6. pr. §. 1. D. eod.

3) l. 6. pr. D. eod. v. Glück a. a. O. §. 1009. S. 287—289.

4) l. 4. §. 1. D. eod. Welche Stelle aber keineswegs, wie Schweppe annahm, beweiset, daß das zum Theil gezahlte Kaufgeld bei versäumtem Abtrag des Restes dem Käufer verloren gehe.

5) l. 6. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) l. 4. §. 1. l. 6. pr. D. de leg. comm. (18. 3) Pufendorf Tom. I. obs. 59. Kind quaest. forens. I. 44. v. Glück a. a. O. §. 1009. S. 288—294.

6) l. 41. pr. D. de R. V. (6. 1.) — l. 4. §. 3. D. de in

commissoria nicht lediglich von der Willkür eines der Contrahenten abhängig gemacht worden seyn dürfe. — Wenn zu einer Zeit, in welcher der Verkäufer bereits von den ihm durch diesen Beivertrag eingeräumten Rechten Anspruch machen durfte, seinerseits eine Erklärung abgegeben ist, sie gehe auf Wegfallen oder auf Bestehen des Geschäftes: so nimmt man an, daß dadurch ein für alle Mal das Verhältniß bestimmt sey [1]), folglich eine nachmalige entgegengesetzte Erklärung keine rechtliche Wirksamkeit habe.

E. Addictio in diem [2]).

§. 537.

Der letzte hier besonders aufzuführende Beivertrag ist die addictio in diem oder die Nebenvereinbarung unter den einen Hauptvertrag abschließenden Theilen, nach welchem derjenige von ihnen, welcher eine Sache überlassen soll, von dem Geschäfte zurücktreten kann [3]), wenn ihm binnen einer gewissen, entweder verabredeten oder aus dem Zusammenhange [4]) genugsam erhellenden Zeit von einem Dritten ein besseres Gebot gemacht werde. — Das Wesen dieses Beivertrags ist eigentlich resolutiv, indem man

diem add. (18. 2.) l. ult. D. de lege comm. (18. 3.) l. 3. 4. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) Vergleiche l. 6. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) l. 3. fin. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6.) Thibaut civil. Abh. S. 366—378.

1) l. 4. §. 2. D. de leg. comm. (18. 3.)

2) v. Glück Pand. Bd. 16. §. 1001—1005.

3) l. 1. D. de in diem add. (18. 2.) — Ueber den Ausdruck addictio in diem s. Marani Parat. ad P. lib. 18. tit. 2.

4) Bei Auctionen z. B., in denen die Ueberlassung der Sache dem Meistbietenden oder dem Mindestforderndenden überlassen werden soll, versteht sich die addictio in diem und die Bestimmung der Zeit des Zuschlags nach den vorher bekannt gemachten oder wegen Gewöhnlichkeit des Geschäfts schon allgemein vorausgesetzten Bedingungen von selbst. l. 4. C. de fide et jure hastae fisc. (10. 3.) l. 1. C. de vend. reb. civ. (11. 31.)

das Geschäft durch den Hauptvertrag als vollendet ansieht [1]) und, nur beim Eintritt eines besseren Anerbietens (adjectio) von Seiten eines Dritten, den bestehenden wieder als aufgehoben betrachtet; indessen [2]) steht es bei den Contrahenten, durch besondere Verabredung oder was derselben gleich ist, die Folgen des Hauptgeschäftes bis dahin, daß die addictio in diem nicht mehr geschehen kann, aufzuhalten und dadurch diesen Beivertrag suspensiv zu machen [3]). — Unter einem bessern Gebote versteht man das Anerbieten irgend eines, während die verkaufte Sache noch existirt [4]), gethanen, das Gebot des bisherigen Contrahenten in der einen oder andern Beziehung übersteigenden Vortheiles [5]), z. B. frühere Zahlung statt späterer, ungetrennte Zahlung der Kaufsumme statt abschläglicher, bessere Münzsorte, ein dem Veräußerer vortheilhafterer Zahlungsort. Wenn aber durch ein späteres übrigens ganz gleiches Gebot der Veräußernde bloß die Früchte, welche seit dem Gebote des ersten Erwerbenden bis auf die Vertragsvollendung mit dem zweiten Erwerbenden von der Sache zu ziehen sind, gewinnen würde: so soll [6]) dieß nicht als ein besseres Anerbieten angesehen werden. — Hat der Veräußernde die Sache schon abgeliefert und es tritt nach-

1) l. 2. §. 1. D. de in diem add. (18. 2.)

2) l. 2. pr. l. 3. D. eod.

3) Daraus folgt dann wieder, ob der Zurückfordernde die Sache von einem dritten Erwerber, welcher sie von dem andern Contrahenten oder dessen Nachfolgern bekommen hat, vindiciren kann oder nicht. Hierbei treten dieselben Grundsätze, wie bei der lex commissoria ein, s. §. 536. — l. 4. §. 3. D. eod. l. 41. pr. D. de R. V. (6. 1)

4) l. 3. D. de in diem add. (18. 2.) Das bessere Gebot muß, wenn es zum Zwecke der Wirkung des Beivertrags in Betracht kommen soll, vom Verkäufer auch nicht sofort abgewiesen, sondern vorläufig angenommen seyn; l. 9. D. eod. und zwar, wenn mehrere Verkäufer sind, welche gemeinschaftlich verkauften, von ihnen zusammen. l. 11. §. 1. l. 12. l. 13. pr. D. eod.

5) l. 4. §. 6. l. 5. D. eod.

6) l. 14. fin. D. eod.

mals der Fall ein, daß von dem Beivertrage der addictio in diem Gebrauch gemacht wird: so kann er die Sache mit allen unterdessen von derselben gezogenen Früchten und eingetretenen Accessionen zurückfordern [1]). Hat er aber das Kaufpretium oder sonst eine Leistung für die Veräußerung empfangen: so muß er dieß ebenfalls [2]) zurückgeben. — Es kommt auf den freien Entschluß des Veräußernden, welcher eine addictio in diem mit dem Erwerbenden abgeschlossen hat, allein an [3]), ob er mit einem Mehrbietenden oder Minderfordernden, unter Benutzung jenes Beivertrags, abschließen und den ersten Hauptvertrag entkräften oder ob er diesen ungeachtet der vortheilhaftern Anerbietung beibehalten will. Wenn der früher Erwerbende, der durch das bessere Gebot eines Dritten abgeboten wird, ebensoviel bietet, als dieser Dritte: so hat er ein gesetzliches Vorzugsrecht [4]); weßwegen der Veräußernde dem frühern Erwerber von dem Uebergebote des Weiterbietenden Nachricht ertheilen und des erstern Contrahenten Entschluß abwarten muß [5]).

1) l. 4. §. 4. l. 6. pr. D. eod.

2) Werden von Seiten des Käufers die gezogenen Früchte restituirt, so ist es consequent, daß auch von Seiten des Verkäufers eine entsprechende Summe Zinsen auf das Kaufpretium bezahlt werde, falls der Käufer nicht schon durch den Gebrauch der Sache entschädigt ist. Donellus comm. jur. civ. 16. c. 18. §. 8. 9.

3) Bei Auctionen ist daher ein Bietender durch das Uebergebot eines Weiterbietenden wenn nicht Verabredung oder Gewohnheit das Gegentheil bestimmen, an sich von seiner durch das Gebot eingegangene Verpflichtung noch nicht befreiet. Wernher lect. comm. L. 18. T. 2. §. 5. Vgl. die a. M. bei Stryk U. M. P. eod. Tit. §. 4.

4) l. 7. l. 8. D. de in diem add. (18. 2.) Er muß dann aber auch die Nutzungen vergüten, welche er im Falle der Aufhebung des Vertrages hätte restituiren müssen. l. 6. §. 1. D. eod.

5) Zweifelt der frühere Contrahent an der Wahrheit des ihm angezeigten bessern Gebotes: so kann er den Beweis desselben auf die gewöhnliche Weise verlangen, und es wird daher selten der

Es kann noch viele Beiverträge außer den in diesen Paragraphen (§. 533—537.) geben, indem die Mannigfaltigkeit von Nebenbestimmungen bei Hauptverträgen in der That unerschöpflich ist; aber sie haben keine besonders ausgebildete Theorie, und sind daher nach den allgemeinen Grundsätzen und der Analogie zu beurtheilen [1]).

B.

Vergehen.

§. 538.

In den Institutionen [2]) sind als die zweite Quelle von Obligationen die Vergehen genannt. Sie kommen hier jedoch nur insofern in Betracht, als sie Ansprüche einer Privatperson begründen (delicta privata); Vergehen, welche eine öffentliche Strafe nach sich ziehen (delicta publica), können zwar nebenher auch Obligationen zur Folge haben, sind aber in Rücksicht ihrer Bestrafung im Criminalrechte abzuhandeln. Bei unserer genauen Trennung des Criminalrechts, welchem der Begriff einer öffentlichen Strafe wegen Verletzung des rechtlichen Zustandes im Staate zum Grunde liegt, vom Privatrechte, welches innerhalb der gesetzlichen Schranken der Willkür des Privatmannes überlassen bleibt, ist die Lehre von den Obligationen quae ex delicto nascuntur bei weitem beschränkter, als im Röm. Rechte, wiewohl die Römische Vermischung des Pri-

Fall eintreten, daß er von der ihm allerdings zustehenden Befugniß, dem Veräußerer einen Eidesantrag zu thun, Gebrauch macht. Vergl. übrigens Hellfeld jur. for. §. 1003. Thibaut Pand. Syst. §. 958.

1) l. 75. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 21. §. 5. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) Tit. I. de obligat. quae ex delicto nascuntur (4. 1.)

vaten mit dem Criminalrechtlichen auch noch jetzt Spuren zurückgelassen hat [1]).

Erstes Hauptstück.

Allgemeine Grundsätze über die Vergehen.

§. 539.

Auch dem privatrechtlichen Begriffe des Vergehens liegt der der Zurechnungsfähigkeit zum Grunde. Daher nimmt man an, daß Kinder eines Vergehens sich nicht schuldig machen können [2]). Begeht ein Unmündiger, der nicht mehr Kind ist, eine Handlung, welche die äußern Eigenschaften eines Verbrechens hat: so entsteht die Frage, ob er eines boshaften Vorsatzes fähig sey [3]), und diese ist jedesmal aus den Umständen der einzelnen Thatsache zu beurtheilen; jedoch soll der dolus einer solchen Handlung bei einem impubes, welcher der Mündigkeit (nicht Volljährigkeit!) sehr nahe ist (pubertati proximus), rechtlich vermuthet werden [4]). — Wer des Gebrauchs seiner Vernunft beraubt ist, kann sich nicht vergehen und ist zu einem aus seiner Handlungsweise folgenden Schadensersatze [5]) nicht eigentlich, sondern nur soweit verbunden, als der Beschädigte darauf mit einer Klage dringen kann, bei welcher auf die Beschädigung an sich, nicht als auf eine

1) C. G. A. Gruner de poenis Rom. privatis earumq. usu hod. Lips. 1805. C. E. Jarcke comm. de summis principiis juris Rom. de delictis eorumque poenis. Goetting. 1822.

2) l. 5. §. 2. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

3) l. 5. §. 2. D. eod. l. 14 D. de Silan. S. C. (29. 5.)

4) §. 18. I. de oblig. quae ex delicto (4. 1.) l. 111. pr D. de R. J. (50. 17.)

5) l. 5. §. 2. D. ad l. Aquil. l. 61. D. de adm. tut. (26. 7.)

Delictsfolge, vom verurtheilenden Richter Rücksicht genommen werden muß (ubi ex re actio venit) [1].

II. Folgen des Vergehens.

A. Schadensersatz und Strafe.

§. 540.

Die Folgen des Vergehens bestehen für den sich Vergehenden theils in der Verbindlichkeit zum Schadensersatze (quanti ea res erit, — veritas), theils in dem Eintritt von Strafen (poena) [2], welche er entweder an Privatpersonen (p. privata) [3] oder an den Staat (p. publica) entrichten muß. Der Schadensersatz besteht sowohl neben der Privat- [4], als neben der öffentlichen Strafe [5]; hingegen schließen die beiden letzten einander aus [6]. Daher fällt die Römische Privatstrafe weg, wenn statt ihrer in Deutschland nach unserer jetzigen Criminalrechtspflege eine öffentliche verhängt wird. Die Anwendung der Privatstrafen überhaupt, welche von Manchen hat bei uns für unstatthaft

1) l. 46. D. de O. et A. (Paulus l. 7. ad Plautium.) Furiosus et pupillus; ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero, *vel damnum in eo* pupillus dederit, nam judicio *communi dividundo* obligabuntur; s. Weber v. d. nat. Verbindl. §. 71. Not. 20. 21.

2) l. 7. §. 2. D. quod falso tut. auct. (27. 6.)

3) Die Privatstrafe bestand entweder in einem mehrfachen Ersatze des verursachten Schadens oder auch in einer andern Geldstrafe ex arbitrio judicis. Gruner. a. a. O.

4) l. 7. §. 1. D. de cond. furt. (13. 1.)

5) l. 1. C. quando civ. act. crim. praej. (9. 31.)

6) l. 2. §. 1. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) l. 6. D. de injuriis (47. 10.) l. 56. §. 1. D. de furtis (47. 2.) Aber kein Gesetz verbietet, die poena privata noch zu fordern, wenn der Richter schon von Amtswegen auf die publica sollte erkannt haben; und der Begriff der letztern schließt den der erstern eben so wenig aus.

erklärt werden wollen, ist allerdings bei Reception des Röm. Rechtes miteingeführt und hat außerdem sogar ausdrückliche Stellen der Reichsgesetze für sich [1]). Merkwürdig ist, daß keine Art der Strafe jemals Gegenstand einer künftigen Restitution an den Bestraften ist [2]), d. i. daß die einmal geleistete Strafzahlung niemals zurückgefordert werden kann. Wird das Delict von **Mehreren gemeinschaftlich** verübt, so ist die Verbindlichkeit zur Strafzahlung eine solidarische, ohne daß die Zahlung des Einen den Anderen befreiet [3]); und, wenngleich der Deutsche Gerichtsgebrauch nur einfachen Ersatz annimmt, sind doch die sonstigen Wohlthaten der Correalschuldner ausgeschlossen [4]). Auch wenn nur Einer das Delict beging, dieser aber wegen Schuld der übrigen nicht auszumitteln steht, kann sich der Beschädigte halten, an wen er will [5]). — Sind durch **eine** Handlung mehrere Privatstrafen zugleich verwirkt: so ist nach Justinians Entscheidung der alten Controvers die Cumulation aller aus der Uebertretung entspringenden Pönalklage dem Beschädigten erlaubt [6]).

1) P. G. O. Art. 157. 158. Freilich ist der Gebrauch der Privatstrafen in Deutschland jetzt sehr gering; doch hebt bloßer Nichtgebrauch ein Gesetz nicht auf, auch ist er nicht für gar zu allgemein anzunehmen. **Wernher** obs. for. III. obs. 24. **Leyser** med. ad Pand. spec. 56. med. 2. **Weber** Versuche üb. d. CivilR. 1. Nr. 23. S. 67.

2) l. 46. D. de R. J. (50. 17.) l. 42. D. cond. ind. (12. 6.) l. 3. §. 14. D. de tab. exh. (43. 5.) l. 1. §. 2. D. de lege Julia amb. (48. 14.) **Cujacii** obs. lib. 8. c. 39. **Jac. Gothofr.** ad l. 46. cit. **Glück's** Pand. B. 13. §. 831. S. 105—108.

3) l. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) Denn diese Verbindlichkeit ist keine wahre correale, sondern gehet schon ihrer ursprünglichen Natur nach von Jedem der Uebertreter aufs Ganze.

4) **Stryk** U. M. P. IX. 2. §. 21.

5) l. 11. §. 2. l. 51. §. 1. D. eod.

6) Die aus dem ältern Rechte stammenden und in unserm Rechtsbuche befindlichen Stellen widersprechen sich. **Paulus** u. **Modestinus** behaupten bloß eine elective Klagenconcurrenz,

B. Klagen aus Vergehen.

§. 541.

Aus den widerrechtlichen Handlungen entspringt eine Klage, welche poenalis heißt, wenn sie bloß auf poena geht [1]), oder doch auf mehr als den Schadensersatz [2]), oder doch auch nur den dolus des Beklagten zum Gegenstande hat [3]), während alle übrigen rei persecutoriae sind [4]). Der letzten giebt es aus Delicten aber nur wenige [5]), am wenigsten im Falle des Daseyns einer Pönalklage, indem dann diese als mixta auch den Schadensersatz umfaßt, welcher nun ganz der Theorie der Pönalklage folgt [6]). Die actiones rei persecutoriae gehen unbedingt auf Erben über, hingegen stehen die poenales zwar den Erben des Klägers zu [7]), ausgenommen, wenn sie keinen

indessen mit der Nebenbestimmung, daß wer eine minder einträgliche Klage gewählt hatte, das Mehrere, welches er durch die einträglichere hätte einklagen können, mit dieser noch nachfordern kann [l. 6. §. 4. D. nautae, caup. (4. 9.) l. 34. pr. l. 53. D. de O. et A. (44. 7.) l. 88. D. de furtis (47. 2.) l. 1. D. vi bon. rapt. (47. 8.)]; Papinian und Ulpian sind dagegen für die cumulative Concurrenz. l. 11. §. 2. D. de servo corrupto (11. 3.) l. 60. D. de O. et A. (44. 7.) l. 2. pr. D. de priv. del. (47. 1.) l. 6. pr. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5.) Diese Stellen lassen sich auf keine Weise vereinigen; sie gehen aus zwei ganz verschiedenen Ansichten, einer scheinbar billigern und einer strengern hervor. Justinian hat hierbei der letztern den Vorzug gegeben; s. l. 32. D. de O. et A. (44. 7.) §. 1. fin. I. si quadrup. paup. (4. 9.) — Savigny de concursu delict. formali. §. 4 — 13.

1) §. 18. I. de act. (4. 6.)

2) §. 9. I. de lege Aquil. (4. 3.)

3) l. 9. §. 8. l. 10. l. 11. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) l. 7. §. 2. l. 9. D. quod falso tut. auct. gest. (27. 6.) Cujacii Parat. ad P. lib. 25. tit. 6. Donelli comm. lib. 15. c. 52. v. Löhr's Theorie der Culpa §. 18. S. 105 — 112.

4) §. 17. I. de act. (4. 6.)

5) Z. B. l. 21. §. 5. D. rer. amot. (25. 2.) l. 1. §. 4. D. si, ventris nomine muliere in poss. missa etc. (25. 5.)

6) §. 19. I. de act. (4. 6.)

7) §. 1. I de perp. et temp. act. (4. 12.)

Vermögensschaden zum Gegenstande haben [1]), finden aber nicht gegen die Erben Statt [2]), wenn diese nicht aus dem Delict bereichert sind [3]). Wenn andere Stellen des Römischen Rechts bei dem Uebergange der Klage auf die Erben des Beklagten statt der actiones rei persecutoriae und poenales zwischen Contracts- und Delictsklagen unterscheiden [4]), so ist dieß wohl keine Antinomie, weil im Ganzen beide Unterscheidungen zusammenfallen, und wenn dieß ausnahmsweise nicht der Fall ist, also eine Contractsklage auf mehr als Schadensersatz gerichtet ist, und den dolus des Gegners zum Gegenstande hat, auch kein Uebergang auf die Erben des Beklagten eintritt [5]). Das kanonische Recht erlaubt der geistlichen Macht zum Besten des Seelenheils des Verstorbenen die Erben, soweit der Nachlaß reicht, zum Schadensersatz anzuhalten [6]), und daraus ist, aller entgegenstehenden theoretischen Zweifel ungeachtet [7]), durch den Gerichtsgebrauch eine Klage bei dem weltlichen Richter geworden [8]). Die Pönalklagen aus dem Civilrecht dauern 30 Jahre [9]), die aus dem Edict 1 Jahr [10]); doch kann auf Herausgabe dessen, was der Beklagte aus dem Delict

1) l. 5. §. 5. D. de his, qui effud. v. dej. (9. 3.)

2) §. 1. I. de perp. et temp. act. (4. 12.)

3) l. un. C. ex delictis defunct. (4. 17.) Ist der Proceß gegen den Erblasser schon anhängig gemacht, so findet auch gegen die Erben dessen Fortsetzung Statt. l. 33. D. de O. et A. (44. 7.)

4) l. 12. l. 49. D. eod.

5) §. 1. I. de perp. et temp. act. l. 52. D. de R. V. (6. 1.) l. 12. §. 6. D. ad exhib. (10. 4.) l. 18. D. depos. (16. 3.) l. 4. 5. C. de in lit. jur. (5. 53.) Donelli comm. lib. 15. c. 52.

6) c. 14. X. de sepult. (3. 58.) c. 5. X. de rapt. (5. 17.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 5. tit. 17. §. 132. 133.

7) J. H. Boehmer l. c. §. 131. v. Löhr a. a. O. S. 113.

8) J. H. Boehmer l. c. §. 136. 137.

9) pr. I. de perp. et temp. act.

10) pr. I. eod. l. 35. pr. D. de O. et A. l. 1. §. 39. D. de vi (43. 16.) l. 1. pr. D. uti poss. (43. 17.) Donelli comm. lib. 16. c. 8.

in Händen hat, 30 Jahre geklagt werden [1]); auch dauern die prätorischen Klagen, welche nur Umbildungen oder Erweiterungen der Civilklagen sind, so lange, wie diese [2]). Giebt es bei einem Delict, das keine öffentliche Strafe zur Folge hat, keinen bestimmt Verletzten, so pflegt die Klage eine popularis für Jeden zu seyn [3]), der Belieben trägt, sie anzustellen. In Deutschland kennt man sie nicht, und überweiset ihre Gegenstände den Regierungs- und Polizeibehörden, vor welche sie nach unserm neuern Regierungsherkommen allein gehören.

C. Verbindlichkeit Dritter aus dem Vergehen.

§. 542.

Der Regel nach kann aus einem Vergehen nur der Thäter haften; doch kann eine gewisse Theilnahme auch einen Dritten gleichsam zum Mitthäter machen. Außer dem Thäter haftet daher auch noch derjenige aus dem Vergehen, welcher a) zu dem Delicte selbst Auftrag gab [4]),

1) l. 35. pr. D. de O. et A. l. 4. D. de interd. (43. 1.)

2) Heineccii Antiq. jur. Rom. lib. 4. tit. 12. §. 3. Not. c.

3) l. 1. D. de pop. act. (47. 23.)

4) Für die Handlungen solcher Personen, die man zu Betreibung von Geschäften gebraucht, und die sich dabei Etwas zu Schulden kommen lassen, haftet man nicht. Einige Stellen des Röm. Rechts scheinen es zu bejahen [l. 1. pr. l. 12. §. 1. D. de public. et vectig. (39. 4.) l. un. §. 6. D. furti adv. naut. (47. 5.)] weil man die Stelle seiner Geschäftsbetreiber zu vertreten habe. Allein diese Stellen sprechen bloß von besondern Ausnahmen, welche den publicanus für seine Sclaven, den Schiffer, Wirth und Stallhalter für seine Leute verbindlich machen. Diese Ausnahmen können nie als Regel angenommen werden; denn es ist für den Mandanten ein bloßer Zufall, daß seine übrigens beaufsichtigten und vermuthlich gut gewählten Leute einmal einen Fehler machen. l. 27. §. 9. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 11. pr. D. locati (19. 2.) l. 11. D. de periculo et commod. (18. 6.) Stryk Us. mod. Pand. L. 9. T. 4. §. 4—5.

oder dazu verleitete [1]), wobei der Bevollmächtigende, welcher dem Mandatar die Begehung eines Delicts aufträgt, auch selbst für die Ueberschreitung dieser Vollmacht haftet [2]); b) wer das Delict hinterher genehmigte und dadurch gleichsam für seine eigne Handlung anerkannte [3]); c) oder hülfreiche Hand dabei leistete und also wirklich Mitthäter ward [4]); d) an dem Gewinn aus dem Delict Theil nahm [5]); e) zur Verhinderung des Delicts verpflichtet war, und in Rücksicht dieser Verpflichtung etwas versäumte. Die Verbindlichkeit zur Verhinderung hat a) der Herr in Rücksicht seines Sclaven [6]), woraus man ohne hinreichenden Grund auf Aeltern und Dienstherrn zu schließen pflegt und b) der Curator furiosi in Rücksicht des Pfleglings [7]).

III. Verhältniß mehrerer Delicte [8]).

§. 543.

Wenn ein und dieselbe widerrechtliche Handlung ein und derselben beschädigten Person mehrere Klagen giebt (s. §. 540.), so entsteht nach der richtigern Theorie gar keine Collision der Klagen, bei welcher ein Rechtsanspruch den andern schmälert [9]). Noch viel weniger ist dieß denkbar, wenn Jemand mehrere, getrennte widerrechtliche Handlungen begangen hat, weßwegen ein und derselbe Verletzte mehrere Klagen [10]) anstellen kann; noch wenn Jemand

1) l. 11. pr. §. 3. D. de injuriis (47. 10.) l. 1. §. 13. D. de vi (43. 16.)
2) c. 3. de homic. in 6to (5. 4.)
3) l. 1. §. 14. D. de vi l. 152. §. 2. D. de R. J.
4) §. 11. I. de oblig. quae ex del. (4. 1.)
5) l. 55. D. pro socio (17. 2.)
6) l. 2. pr. l. 3. l. 4. D. de nox act. (9. 4.)
7) l. 14. D. de offic. praes. (1. 18.) l. 61. D. de adm. tut. (26. 7.)
8) Averanii int. lib. 3. c. 14.
9) Vgl. S. 419. Note 6.
10) l. 2. pr. §. 1. 2. D. de priv. del. (47. 1.)

mittelst einer widerrechtlichen Handlung verschiedene Personen [1]) verletzt, welche jede ihr Recht gegen den Verletzenden verfolgen können. Im letztern Falle erscheinen namentlich die verschiedenen Verletzungen verschiedener Personen als eben so viel einzelne Vergehungen, und es ist in allen diesen Verhältnissen kein Grund abzusehen, warum eine Klage die andere absorbiren sollte. Das Resultat ist mithin, daß mehrere Verbrechen eines Uebertreters, welche concurriren, in keiner Beziehung mit einander so collidiren, daß dadurch eine aus ihnen entstehende Klage durch eine andere ebenfalls daraus hervorgehende Klage absorbirt werde.

Zweites Hauptstück.

Einzelne Vergehen.

Erster Abschnitt.

Von den generelleren Delicten.

I. Von der Injurie [2]).

A. Begriff der Injurie.

§. 544.

Der Begriff der Injurie im Röm. Civilrechte ist beträchtlich weiter [3]), als der in unserm Criminalrechte. Bei den Römern war die actio injuriarum ein Institut, welches sich praktisch früher ausgebildet hatte, ehe man darauf fiel, den Begriff der Injurie wissenschaftlich zu ab-

1) l. 1. §. 9. D. de injur. (47. 10.)

2) Weber über Injurien u. Schmähschriften. 3 Theile.

3) pr. I. de injuriis (4. 4.)

strahiren. Man kann sie namentlich, außer den Fällen persönlicher Beleidigung (im engern Sinne des Worts) noch anwenden: a) gegen denjenigen, welcher gewaltsam in das Haus dringt, das man als Eigenthümer, Miether oder Gast bewohnt [1]); b) gegen den, welcher sich absichtlich Störungen oder Eingriffe in fremdes Eigenthum erlaubt, obwohl er dasselbe als Eigenthum des Andern anerkennt [2]); c) gegen denjenigen, welcher den Gebrauch der res communes und publicae verhindert [3]). d) Die actio injuriarum hat ferner derjenige, welcher an seinem Körper gemißhandelt ist, gegen den Mißhandelnden [4]), wobei der Begriff der Mißhandlung jede kleinste absichtliche Beschränkung im freien Gebrauche des Körpers und der Geisteskräfte befaßt und überhaupt sehr ausgedehnt ist. e) Auch die Eröffnung eines Testamentes durch einen Andern bei Lebzeiten des Testirers wird gesetzlich als Injurie angesehen [5]), und ebenso die widerrechtliche Ausgrabung der Gebeine eines Todten [6]). Es lassen sich diese Fälle kaum auf einen allgemeinen und dabei leitenden Grundsatz zurückführen. Denn die Injurie danach als absichtliche Kränkung der Menschen- und Bürgerrechte überhaupt zu definiren, bringt keine hinreichende Bestimmtheit in den Begriff.

1) §. 8. I. de injur. (4. 4.) l. 5. pr. l. 23. D. de injur. (47. 10.) Die l. Cornelia de injuriis gab wegen dieses Eindringens ins Haus und wegen erlittener Schläge eine act. injuriarum.

2) l. 15. §. 31. l. 44. D. eod. Es fällt damit die Verhinderung der freien Benutzung des Eigenthums zusammen, sofern per injuriam vel contumeliam die Verhinderung geschieht. l. 25. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 13. §. 7. med. l. 24. D. de injur. (47. 10.)

3) l. 13. §. 7. D. cit. l. 2. §. 9. D. ne quid in loco publ. (43. 8.)

4) l. 1. §. 8. D. de insp. ventr. (25. 4.) l. 7. §. 1. fin. l. 15. pr. l. 25. D. de injur. (47. 10.)

5) l. 41. fin. pr. D. ad l. Aquil. (9. 2.) — l. 1. §. 38. D. depositi (16. 3.)

6) l. 8. pr. D. de rel. et sumpt. (11. 7.)

Die actio injuriarum galt vielmehr bei den Römern als eine Art Ergänzungsklage für mehrere verwandte Verhältnisse, in denen es an einer bestimmten Klage fehlte [1]), und in denen Jemanden ohne Schaden an seinem Vermögen Unrecht zugefügt war [2]). Das Recht eines Jeden auf äußere Achtung, welche sich nicht sowohl positiv, als negativ durch Unterlassung von Verachtung ausdrückender Behandlung (contumelia) an den Tag legt, wurde allerdings vorzugsweise durch die Injurienklage geschützt [3]). — Die Eintheilung in injuria **realis** und **verbalis** gehört den Römern [4]), wenngleich dieser Kunstausdruck erst den Neuern an. — Besteht die wörtliche Injurie in wahrheitsgemäßem Vorwurfe einer schlechten Handlung: so hebt der Beweis der Wahrheit die Injurie auf [5]), sofern nicht die Form des Vorwurfs eine Verletzung an sich enthält [6]). Wenn der Beleidigte die Beleidigung als solche entweder gar nicht aufnimmt [7]) oder sie nachmals verzeihet [8]), fällt der Anspruch aus derselben ebenfalls weg. Da der animus injuriae faciendae die Bedingung des Daseyns der

1) Wenn eine solche Kränkung persönlicher Rechte mit Vermögensnachtheil verbunden war, bedienten sich die Römer der actio de dolo. Donell. comm. jur. civ. L. 15. c. 25.

2) l. 13. §. 7. l. 15. pr. §. 31. l. 23. D. de injur. (47. 10.) l. 27. §. 28. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 21. §. 7. D. de furtis (47. 2.)

3) §. 1. I. de injur. (4. 4.)

4) l. 1. §. 1. l. 5. pr. D. eod. (47. 10.)

5) l. 18. pr. D. eod. l. 10. C. eod. (9. 35.) Weber a. a. O. Thl. 1. S. 170 ff.

6) Man kann z. B. einen Menschen, der gestohlen hat, einen Dieb nennen und ihn, wenn er wegen Injurien klagt, durch die Einrede der Wahrheit widerlegen; aber man darf ihn nicht etwa Spitzbube, Schurke usw. nennen, denn dieß sind Schimpfwörter, welche sich auch der Dieb nicht braucht gefallen zu lassen. Eben so kann eine Ehebrecherin mit diesem Namen genannt, aber z. B. nicht liederliche Canaille geschimpft werden.

7) §. 12. I. de injur. (4. 4.)

8) l. 11. §. 1. l. 17. §. 6. D. eod. (47. 10.) Weber a. a. O. Thl. 2. S. 135 ff.

Injurie ist: so kann der Beleidigende sich durch Erweis der Einrede, daß er es auf den Beleidigten (wegen Irrthums in der Person) mit seiner Handlung gar nicht abgesehen habe, — sofern diese Handlung nicht in allen Verhältnissen beleidigend ist, — der Klage entziehen [1]). Die Absicht zu beleidigen fällt auch gegen denjenigen weg, welcher sich freiwillig der beleidigenden Handlung unterwirft (volenti non fit injuria), falls dieser sich solchergestalt zu unterwerfen rechtlich befugt ist [2]).

B. Folgen der Injurie.

§. 545.

Die Klage aus der Injurie ist die prätorische actio injuriarum, nach Römischem Rechte bloß auf eine nach richterlichem Ermessen zu bestimmende Summe Geldes (act. inj. ästimatoria) [3]) als eine poena [4]); nach Deutschem Rechte zwar auch auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung [5]); jedoch auch hierauf nur alternativ [6]). Die Klage ist von beiden Seiten höchst persönlich [7]) und geht

1) l. 3. §. 4. l. 15. §. 15. l. 18. §. 3. D. eod.

2) l. 1. §. 25. l. 17. D. eod. l. 27. §. 4. D. de pactis (2. 14.) l. 4. §. 2. ad l. Corn. de sicar. (48. 8.) Weber a. a. O. Thl. 1. Nr. 3.

3) §. 7. I. de injuriis (4. 4.) l. 37. §. 1. D. eod. (47. 10.) Weber a. a. O. Thl. 2. S. 7—10. Der Kläger hat zwar das Recht, zu fordern, allein der Richter ästimirt dann die Buße der Injurie, wobei er zunächst auf die Qualität der Personen, auch auf alle andern Umstände, Ort und Zeit sehen muß. §. 9. I. eod. l. 7. §. 8. — l. 9. §. 1. D. eod..

4) Gajus IV. 8.

5) C. G. O. v. 1555. Th. 2. Tit. 28. §. 4. Weber a. a. O. Th. 2. S. 11—49. Durch das Deutsche Institut der Abbitte, des Widerrufs und der Ehrenerklärung ist die actio injuriarum des Röm. Rechts völlig umgeformt, weil jenes eigentlich das injuriirende Factum ungeschehen machen soll, während man im Röm. Rechte die poena verfolgte.

6) Weber a. a. O. Th. 2. S. 111—120.

7) §. 1. I. de perp. et temp. act. (4. 12.) l. 13. pr. l. 15.

auf Erben also gar nicht über. Zwar sollte sie auf Seiten des Klägers eigentlich übergehen, aber es tritt hier gesetzlich eine besondere Ausnahme ein. Sie dauert als prätorische Pönalklage nur ein Jahr [1]), was der richtigen Meinung nach auch bei der Klage auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung anzuwenden ist [2]); obgleich die Klage aus der lex Cornelia, wenn eine Thätlichkeit gegen die Person vorgefallen, oder Jemandes Haus gewaltsam betreten ist [3]), für perpetua gehalten werden muß [4]). Wird die Injurie ausnahmsweise vom Staat geahndet, so fällt die Privatklage, wenigstens der Theorie nach, weg [5]); auch kann der mit einer Injurie verbundene Vermögensschaden nicht mit dieser, sondern nur mit der aquilischen Klage gefordert werden [6]). Da man übrigens in Deutschland die Provocation ex lege diffamari auf einen durch wörtliche Injurien Beleidigten erstreckt hat [7]), so kann nun bei übeln Nachreden der Diffamant auch noch zur Wahrmachung aufgefordert werden. Leistet er diese, so wird darüber nach gewöhnlichen Regeln der Beweisführung verfahren und es hat dabei sein Bewenden; sonst wird ihm ewiges Stillschweigen aufgelegt, und durch Strafen dessen Beobachtung erzwungen. Genügt dieß dem Diffamaten nicht, so kann er auch noch, da jenes Verfahren keine Verzichtleistung auf die actio injur. enthält, die Injurienklage, falls sie nicht verjährt ist, folgen lassen, welcher die, durch unterlassenes

§. 14. D. de injur. (47. 10.) Weber a. a. O. Thl. 2. S. 100—109.

1) l. 5. C. de injuriis (9. 35.)

2) Weber a. a. O. Th. 2. S. 140—160.

3) l. 5. l. 37. §. 1. D. eod. Heineccii Ant. jur. Rom. IV. 4. §. 8. seq.

4) A. M. ist Weber a. a. O. Th. 2. S. 140 ff.

5) l. 6. D. eod. A. M. ist Pufendorf IV. 49.

6) l. 15. §. 46. D. eod.

7) C. G. O. v. 1555. Thl. 2. Tit. 25.

Wahrmachen von Seiten des Provocaten verlorene, Einrede der Wahrheit der Nachrede nicht weiter im Wege steht [1]). Ein Retorsionsrecht des Beleidigten läßt sich nicht behaupten [2]).

C. Mittelbare Injurie [3]).

§. 546.

Es giebt Personen, welche durch Beleidigung eines Anderen mit beleidigt werden (s. g. mittelbare Injurie) [4]), nämlich a) der Vater durch die dem in seiner väterlichen Gewalt stehenden Kinde angethane Beleidigung [5]), b) der Mann durch die der Frau [6]), c) der Bräutigam durch die der Braut [7]); d) auch der Erbe wegen der dem Erblasser noch nach dessen Tode zugefügten Injurien [8]); vorausgesetzt daß dem Injurianten die Verbindung der direct beleidigten mit der mittelbar beleidigten Person bekannt war [9]). Dadurch entstand nun der Fall der doppelten Injurie, aus welcher der mittelbar und der unmittelbar Beleidigte jeder für sich klagt [10]), ohne daß jener diesem das Geringste vergeben kann [11]).

1) Ueber den Einfluß des Todes einer der Parteien auf die Provocation sind zu vergl. Weber's Beitr. zu Kl. und Einr. St. 1. Nr. 4.

2) Weber üb. Inj. Th. 2. S. 49—69.

3) l. 1. §. 3—6. l. 15. §. 24. D. de injur. (47. 10.) §. 2. I. eod. (4. 4.) Aut per semetipsum alicui fit injuria aut per alias personas. —

4) Weber a. a. O. Th. 1. S. 191—205.

5) l. 1. §. 9. D. de injuriis (47. 10.) Der Vater hat die Klage auch wegen der Schwiegertochter, deren Mann noch in des Erstern Gewalt stehet.

6) l. 1. §. 9. D. eod.

7) l. 15. §. 24. D. eod.

8) l. 1. §. 4. D. eod.

9) l. 1. §. 8. l. 18. §. 4. 5. D. eod. Aber der Injuriant braucht nicht gerade gewußt zu haben, wer die mittelbar beleidigte Person sey. Es können sich übrigens die mittelbar Beleidigten immer nur der actio injuriarum *praetoria* bedienen.

10) l. 1. §. 9. D. eod.

11) l. 30. pr. D. de pactis (2. 14.)

II. Vom damnum injuria datum ex lege Aquilia [1]).

A. Begriff des Delicts.

§. 547.

Ein ganz anderes Delict, als die Injurie, ist das damnum injuria datum, d. h. die schuldvolle Beschädigung oder Vernichtung der Sachen [2]) Jemandes. Im Römischen Rechte ward hierüber die lex Aquilia gegeben, deren erstes Capitel auf Tödtung eines Sclaven oder vierfüßigen Hausthiers, das zweite auf etwas bloß Rechtsgeschichtliches ging, das dritte auf allen übrigen Schaden, der nicht im ersten Capitel berührt war, sich erstreckt [3]). — Um die Klage aus der lex Aquilia zu begründen, bedarf es einer widerrechtlichen Handlung [4]) des Verletzenden, sie mag an sich widerrechtlich seyn oder nur einen Erfolg mit sich führen, welchen man hätte voraussehen und bei größerer Vorsicht wahrscheinlich vermeiden können [5]). Die Schuld des Verletzenden darf dabei nicht bloß in einer Unterlassung [6]) bestanden haben, sondern sie muß irgend eine culpa in faciendo gewesen seyn [7]). Wenn je-

1) Hugo Gesch. des Röm. R. 10te Aufl. S. 331. Note 4. und S. 578. Schweppe Rechtsgeschichte. §. 326.

2) Nicht der Rechte Jemandes, denn diese Beschränkung ist im Röm. R. beim damnum injuria datum hergebracht. l. 13. pr. D. eod. l. Aquil. (9. 2.)

3) pr. §. 13. I. de l. Aquil. (4. 3.) l. 2. pr. l. 27. §. 5. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

4) l. 3. l. 5. §. 1. D. eod. l. 151. D. de R. J. (50. 17.)

5) Dessen Veranlassung mithin culpos ist. §. 3. I. de l. Aquil. (4. 3.) l. 28. l. 30. §. 3. l. 31. l. 52. §. 4. D. eod. (9. 2.)

6) Denn ein obligatorisches Verhältniß verpflichtet hierbei nicht schon vorher den Verletzenden zu einer gewissen Leistung. l. 13. §. 2. D. de usufructu (7. 1.)

7) Uebrigens kann diese auch darin bestehen, daß man wissentlich Personen, für welche man einstehen muß, eine beschädigende

doch positive Handlungen die erste Veranlassung gegeben haben, kann die actio legis Aquiliae auch dann gebraucht werden, wenn der eigentlich beschädigende Erfolg durch nachmalige Unterlassungen [1]) zunächst hervorgebracht wird. — Hat der Beschädigende zu der beschädigenden Handlung ein besonderes Recht, so kann aus der lex Aquilia gegen ihn nicht geklagt werden; denn qui suo jure utitur, nemini facit injuriam. Dieß tritt z. B. ein, wenn die Obrigkeit von Amtswegen [2]) handelt und sich in den Grenzen eines vernünftigen Gebrauchs ihrer Gewalt hält; oder wenn man sich im Falle einer Nothwehr [3]) befindet; auch wenn ein Eigenthümer seine und fremde Sachen in einer gemeinschaftlichen Gefahr sieht: so kann er zur Rettung der seinigen die fremden aufopfern; ein Satz, der sich jedoch streng genommen nur auf folgende einzelne Fälle zurückführen läßt: a) wenn er ein fremdes Schiff beschädigt [4]), um das seinige zu retten; b) wenn er fremde Waaren über Bord wirft, um die seinigen [5]) zu erhalten; c) wenn er bei einer Feuersbrunst fremde Gebäude niederreißen läßt [6]), um von

Handlung verrichten läßt. l. 2. pr. §. 1. D. de noxal. act. (9. 4.) — Auf den Grad der Culpa kommt es bei der aquilischen Klage überhaupt nicht an. l. 44. pr. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

1) Denn die frühere Handlung hat dann eine Lage hervorgebracht, in welcher nun ohne positive Fleißanwendung nachmals ein Schaden bewirkt wird, wie er nicht im gewöhnlichen Laufe der Dinge eingetreten wäre. l. 7. §. 3. 6. 7. l. 8. pr. l. 27. §. 9. l. 30. §. 3. D. ad l. Aq. (9. 2.) l. 2. §. 20. D. de furtis (47. 2.) Nicht widersprechend mit l. 30. §. 3. D. cit. ist l. 57. D. loc. cond. (19. 2.) S. Zimmern Syst. der Noxalklagen. Cap. 1. §. 1.

2) l. 29. §. 7. D. ad l. Aq. (9. 2.)

3) §. 2. I. eod. (4. 3.) l. 4. pr. l. 5. pr. l. 45. §. 2. D. eod. (9. 2.) Also kann bei Schlägereien der Urheber derselben nicht auf Schadensersatz aus der Aquilia klagen, l. 52. §. 1. D. eod.; falls die Andern, welche an dem Handgemenge Theil genommen, in den Grenzen gerechter Nothwehr sich gehalten haben. l. 5. pr. D. cit.

4) l. 29. §. 3. D. eod.

5) l. 14. pr. D. de praescr. verb. (19. 5)

6) l. 49. §. 1. D. ad l. Aquil.

den seinigen den Brand abzuwenden, falls dieß auf andere Weise nicht möglich war [1]). — Es ist gleichgültig, ob der Schaden in einem obligatorischen Verbande zwischen den beiden Theilen zugefügt worden ist, oder nicht. Ursprünglich mußte auch die Beschädigung corpore, d. h. manu [2]) zugefügt seyn; später wurde auch wegen anderer Beschädigungen actio utilis [3]) gegeben. — Aber auch jetzt noch ist die Anwendung der aquilischen Klage nur durch einen Schaden bedingt, welcher in dem Zerstören oder Verderben einer Sache [4]) bestehet (physische Verletzung, damnum corpori datum). Ist indessen die Sache vom Beschädiger nicht selbst zerstört oder verdorben, wohl aber von ihm dem dinglich Berechtigten entzogen und dadurch diesem mittelbar verloren gegangen: so hat der Verlierende die ausgedehnte aquilische Klage [5]), wenn nicht der Beschädiger sich selbst ein Recht an der Sache zuschrieb und sie deßhalb dem bisherigen Innehaber entzog.

(9. 2.) l. 3. §. 7. D. de incendio, ruina (47. 9.)

1) „Cum alias non posset" l. 3. §. 7. D. cit. welche Bedingung nach den Umständen billig zu beurtheilen ist. — Widersprechend gegen l. 49. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2.) und l. 3. §. 7. D. de incendio (47. 9.) ist zwar l. 7. §. 4. D. quod vi aut clam (43. 24.), allein sie trägt nur erzählend die Zweifel vor und wird mittelst der obigen Stellen verworfen. v. Glück Pand. Bd. 10. §. 700. S. 328 ff.

2) l. 51. pr. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

3) §. 16. I. eod. (4. 3.)

4) l. 1. §. 7. D. si quadr. paup. fec. (9. 1.) l. 51. pr. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 27. §. 25—27. l. 41. §. 1. l. 42. D. eod. l. 27. §. 3. D. de furt. (47. 2.)

5) conf. §. 16. fin. I. de l. Aquil. (4. 3.) §. 11. I. de obl. quae ex delicto (4. 1.) l. 7. §. 7. D. de dolo malo (4. 3.) l. 27. §. 21. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 14. §. 2. D. de praescr. verb. (19. 5.) Vgl. §. 550.

B. Folgen des Delicts.

§. 548.

Die Klage aus dem Delict ist die actio legis Aquiliae, s. damni injuriae actio, welche ursprünglich nur dem Eigenthümer zustand [1]), in der Folge aber als utilis jedem Inhaber eines jus in re beigelegt wurde [2]); anfangs auch nur gegen den Thäter zustand, nachher aber als utilis auch gegen den, welcher zu dem Delict Auftrag gab, oder verleitete [3]). Gerichtet ist sie eigentlich nicht auf Strafe [4]), sondern auf Entrichtung des Werths der verletzten Sache und Erstattung des Interesse [5]). Der Werth ist der höchste, welchen die Sache, wenn ein quadrupes pecus getödtet ist (primum caput legis Aquiliae), im letzten Jahre [6]), und falls irgend eine andere Beschädigung vorgefallen ist (tertium caput l. A.), im letzten Monate hatte [7]). Diese Fristen (letztes Jahr und letzter

1) l. 11. §. 6. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

2) l. 11. §. 9. 10. l. 12. l. 17. pr. l. 27. §. 32. l. 30. §. 1. D. eod. l. 17. §. 3. D. de usufr. (7. 1.) l. 27. D. de pignorib. et hyp. (20. 1.)

3) §. 16. I. eod. (4. 3.)

4) Indessen kann durch die eigenthümliche Taxation des Schadens geschehen, daß der Kläger weit mehr erhält, als sein Verlust im Augenblicke der Beschädigung ausmacht. Deßhalb rechneten die Römer diese Klage auch zu den poenales. §. 9. I. eod. §. 19. I. de act. (4. 6.) l. 23. §. 8. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

5) l. 21. §. 2. l. 22. l. 23. pr. l. 55. D. eod. §. 10. I. eod. (4. 3.) Wenn aber das Interesse des Klägers weniger betragen sollte, als der Werth der Sache ausmacht: so kann nur dieß Wenigere eingefordert werden. l. 37. §. 1. D. eod.

6) pr. §. 1. I. eod. (4. 3.) l. 2. pr. D. eod. (Gajus lib. 7. ad Edictum) Lege Aquilia capite primo cavetur: qui servum, servamve, alienum, alienamve, quadrupedemve pecudem, injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto. Ueber die nothwendige Emendation ist zu vergl. Weber zu Höpfner's Comm. über die Inst. §. 1051. Note *). Schweppe Rechtsgeschichte a. a. O. l. 21. pr. §. 1. l. 23. §. 2—6. D. eod.

7) l. 27. §. 5. l. 29. §. 8. D. eod. §. 14. 15. I. eod. (4. 3.)

Monat) laufen nicht vom etwanigen Untergange der Sache, sondern von deren Beschädigung an [1]). Durch den Ausdruck quadrupes sind vom ersten Capitel alle zweifüßigen, und durch den Ausdruck pecus alle Thiere ausgeschlossen, welche nicht zum eigentlichen Viehstande gehören [2]). Kann sich der Schaden bei der Zufügung noch nicht völlig äußern, so wird der gegenwärtige sogleich, der zukünftige erst dann gefordert, wann er eintritt; wobei aber ebenfalls rückwärts von dem Augenblick der ursprünglichen Beschädigung angerechnet wird [3]). Kommt der zukünftige Schaden nicht zur Existenz, indem die Sache noch vorher durch einen anderen Umstand vernichtet wird, so ist der Thäter nach der neuesten Stelle des Römischen Rechts frei [4]). Merkwürdig ist, daß der Beklagte als ein bereits Verurtheilter behandelt [5]), und deßhalb im Leugnungsfalle mit dem Doppelten bestraft wird [6]). Als stricti juris schließt die aquilische Klage die Affectionen und den Schätzungseid aus [7]), ist aber als civilis eine actio perpetua. Auf Seiten des Beklagten richtet sich die Eigenthümlichkeit der aquilischen Klage ganz nach den Pönalklagen; mehrere Beklagte haften in solidum, selbst wenn man nicht wußte, wer eigentlich der Thäter gewesen; auch wird einer durch die Zahlung des Andern nicht frei, sondern jeder muß das Ganze bezahlen [8]). Die Erben haften nur für

1) l. 21. §. 1. D. eod.

2) §. 1. I. eod. (4. 3.) l. 2. §. 2. D. eod. v. Glück's Pand. B. 10. §. 703. S. 352—355.

3) l. 21. §. 1. l. 46. l. 47. D. eod.

4) l. 11. §. 3. l. 15. §. 1. D. eod. — l. 51. pr. D. eod. v. Glück's Pand. Bd. 10. §. 702. S. 346—349.

5) l. 2. pr. l. 27. §. 3. D. eod.

6) l. 2. §. 1. l. 23. §. 10. D. eod. l. 4. 5. C. eod. (3. 35.)

7) l. 33. D. eod.

8) l. 11. §. 2. l. 51. §. 1. D. eod.

die Bereicherung, welche ihnen aus dem verletzenden Factum ihres Erblassers zugekommen ist [1]).

C. Verletzung eines freien Menschen.

§. 549.

Ein freier Mensch konnte bei den Römern wegen körperlicher Verletzungen ursprünglich nicht klagen, denn man sah das Innehaben der Glieder nicht wie anderes Eigenthum an (dominus membrorum suorum nemo videtur). Nachmals wurde ihm eine actio utilis nach Art der aquilischen Klage eingeräumt [2]). Diese konnte gerichtet werden auf die Kosten der Heilung, den Ersatz der Versäumnisse des Verletzten und etwanigen Nachtheil bei fernerer Betreibung seiner Geschäfte. In der Deutschen Praxis hat man eine im Röm. Rechte unstatthafte [3]) Forderung von Schmerzensgeldern zugelassen, da es von jeher im Deutschen Rechte hergebracht war, Verletzungen auch freier Menschen mit Geld nach einer Taxe oder nach Ermessen des Richters zu büßen [4]). Ist eine Tödtung erfolgt, so ist der Thäter zur Beerdigung verpflichtet, weil diese nur durch seine Verletzung nöthig geworden ist. Wegen Verletzung des Hauskindes kann auch der Vater klagen [5]),

1) §. 9. fin. I. eod. (4. 3.) §. 1. I. de perp. et temp. (4. 12.) l. 23. §. 8. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

2) l. 13. pr. D. eod.

3) Auch wegen Entstellung des Körpers, wenn sie nicht etwa die künftige Betreibung der Geschäfte des Verletzten unmöglich macht, z. B. bei einer Schauspielerin, kann man nicht klagen; sc. ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat. l. 3. D. si quadr. paup. (9. 1.) l. 7. D. de his qui eff. vel dej. (9. 3.)

4) Jac. Grimm Deutsche Rechtsalterthümer. S. 647. — P. G. O. Art. 20. Pufendorf T. 4. observ. 51.

5) l. 5. §. 3. l. 7. pr. D. ad l. Aquil. l. 13. §. 4. D. locati (19. 2.)

und nach Analogie dieser Bestimmung räumt der Gerichtsgebrauch auch der Frau und den Kindern gegen den Tödter des Mannes und Vaters eine Klage ein [1]), welche statt andern Ersatzes jetzt gemeiniglich auf Verabreichung von Alimenten, nach dem durch den Stand und die übrigen Umstände an die Hand gegebenen Maßstabe, gerichtet ist.

D. Prätorische Ergänzung der lex Aquilia.

§. 550.

Die directe und die ausgedehnte Klage aus der lex Aquilia ist späterhin durch das Edict mittelst einer für diejenigen damna, in denen sie eigentlich nicht anzuwenden stand, noch durch eine actio in factum praetoria ergänzt worden [2]). Diese Ausdehnung der aquilischen Klage [3]) auf analoge Fälle ist insbesondere dreifach: a) die act. leg. Aquil. gebührte nur dem Eigenthümer [4]); erst die utilis dehnte sie auf andere Personen aus, welche Ansprüche haben, welche den unverletzten Zustand einer Sache voraussetzen. Zunächst ohne Zweifel denen, welche ein dingliches Recht an der Sache haben [5]). Aber zweifelhaft ist, ob die prätorische actio in factum denen zu Statten komme, welche nur ein jus in personam, wiewohl in Beziehung auf die einzelne und bestimmte, verletzte Sache haben. Nach einer Stelle wird sie ihnen zugeschrieben [6]); nach an-

1) Strube R. B. Thl. 4. Bed. 72. Spangenberg's Ausgabe. Thl. 2. S. 267—270.

2) l. 33. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 11. D. de praescr. verb. (19. 5.)

3) v. Glück Pand. Bd. 10. §. 701. S. 338 ff.

4) l. 11. §. 6. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

5) l. 17. §. 3. D. de usufr. (7. 1.) l. 11. §. 10. l. 12. l. 17. pr. l. 27. §. 32. l. 30. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 27. D. de pign. et hyp. (20. 1.)

6) l. 27. §. 14. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

dern nicht. Es wird am richtigsten seyn, einen Unterschied zwischen onerosem und lucrativem Erwerb der Forderungsrechte zu machen, welche der Grund des Anspruchs an den Gebrauch oder Besitz einer unverletzten Sache sind. Entspringt die Forderung aus einem onerosen Geschäfte für den Berechtigten: so hat er den Gebrauch der ausgedehnten aquilischen Klage; im Gegentheile kann er sich ihrer nicht bedienen [1]). b) Daß auch nicht corpori geschadet (ein physischer Schaden zugefügt) zu werden braucht [2]), ist die weitere Ausdehnung, und endlich c) daß auch der bonae fidei possessor die Klage hat [3]). — Im Uebrigen unterscheiden sich die eigentliche actio legis Aquiliae, die utilis actio l. Aquil. und die actio in factum ad exemplum legis Aq. nicht [4]). Daß unsere Praxis aus ihnen eine, jede Art des Schadens treffende, Ersatzklage gemacht hat, ist theoretisch irrig.

E. Gebrauch der aquilischen Klage in Contractsverhältnissen.

§. 551.

Es folgt aus allgemeinen Principen, wie aus ausdrücklich redenden Gesetzstellen, daß die aquilische Klage in obligatorischen Verhältnissen, welche neben dem damnum

1) In der l. 11. §. 9. D. eodem wird die actio l. Aquiliae wegen des der geliehenen Sache von Dritten zugefügten Schadens dem Commodatare geradezu abgesprochen; er hat ein Anrecht auf den Gebrauch der geliehenen Sache aus einem lucrativen Titel. Der Legatar erwirbt das Eigenthum der legirten Sache dadurch, daß der Erbe die Erbschaft antritt, bis dahin hat er nur eine Forderung und zwar durch lucrativen Titel. Daher hat er vor Antretung der Erbschaft die l. Aquilia nicht; nachher aber hat er sie als Eigenthümer. l. 7. §. 5. D. de dolo malo (4. 3.) l. 13. §. 3. l. 15. pr. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

2) §. 16. I. de l. Aq. (4. 3.) l. 27. §. 14. D. eod. (9. 2.)

3) l. 11. §. 8. D. eod.

4) Thibaut System des Pand. R. §. 962 — 964.

injuria datum zwischen den Theilen existiren, eben sowohl und mit denselben Eigenthümlichkeiten anwendbar ist, als außerhalb solcher Obligationen [1]). Auch in diesen macht bloße Unterlassung des rechtserforderlichen Fleißes, zu welchem das Geschäftsverhältniß übrigens verbinden mag, die Aquilia nicht anwendbar [2]). Auf der andern Seite tritt sie auch im Contracte wegen jeder Culpa bei einer positiven Handlung ein, wenngleich der Contract nur Prästation der culpa lata verlangt. Man hat zwar behauptet, wenn das damnum in obligatorischen Verhältnissen verursacht werde, gehöre zur Begründung der aquilischen Klage derjenige höhere Grad der Culpa, welcher in der eben in Betracht kommenden Obligation, als solcher, dem Beschädiger zu prästiren obliege, — so daß, wenn ein obligatorisches Verhältniß nur aus einem höhern Grade der Schuld verbindlich macht, ein mit minderer Schuld verursachtes damnum dem Beschädigten keine aquilische Klage gewähre, sondern bloß die Klage aus der Obligation, welche ihm regelmäßig zustehet und welche allerdings durch die Möglichkeit der aquilischen Klage der Wahl des Beschädigten nicht entzogen wird. Diejenigen [3]), welche in solchem Falle einer mindern Schuld die aquilische Klage unstatthaft finden wollen, berufen sich darauf, daß man in dem obligatorischen Verhältnisse doch keine mindere Culpa zu prästiren habe, als die einmal in diesem Verhältnisse bestimmte, daß man mithin wegen einer geringern nicht in Anspruch genommen werden könne; allein dieß ist ein Zirkel, und von der Obligation auf das damnum injuria datum gilt

1) l 5. §. 3. l. 7. §. 8 l. 18. l. 27. §. 11. D. ad l. Aq. (9. 2.) l. 7. §. 1. l. 18. §. 1. D. commod. (13. 6.) . l. 47. §. 1. l. 50. D. pro socio (17. 2.) v. Glück Pand. Bd. 10. §. 699.

2) l. 57. D. locati (19. 2.)

3) Vgl. Höpfner Comment. über die Institut. §. 1049.

gar kein Schluß. Die Behauptung Strube's [1]), daß derjenige Niemand beleidiget, welcher Alles thut, was er zu thun schuldig ist, setzt immer die Verpflichtung außerhalb der Obligation und die innerhalb der Obligation einander schon gleich. Auch würde es ja ganz seltsam und Grundsatz-widrig seyn, daß ein neu hinzugekommener Grund (das obligatorische Verhältniß) den Grad der Culpa verminderte, welchen Jemand zu prästiren hat [2]). — Wenn Contracts- und aquilische Klage zugleich begründet sind, so concurriren sie beide nur [3]) alternativ; ist indessen die Contractsklage angestellt und sie bringt weniger Ersatz, als die aquilische: so kann mit dieser noch das Mehrere nachgefordert werden.

III. Vom Diebstahle [4]).

A. Begriff des Delictes.

§. 552.

Diebstahl (furtum) ist im Allgemeinen eine verbrecherische Handlung, welche mittelst widerrechtlicher und heimlicher [5]) Wegschaffung oder Benutzung der beweglichen Sache eines Andern aus gewinnsüchtigen Absichten verübt wird [6]). Dieser Begriff liegt im Röm. Rechte sowohl der

1) R. B. Th. 3. Nr. 61. (Spangenberg's Ausg. Bd. 2. S. 271. 272.)

2) Auch erklärt l. 13. pr. D. de liberali causa (40. 12.) sich ganz bestimmt. Schöman Handbuch des Civil. R. Thl. 1. S. 204 — 232.

3) l. 7. §. 8. l. 18. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 18. §. 1. D. commod. (13. 6.)

4) Die Strafe des Diebstahls geht bei uns ganz nach Deutschen Gesetzen und dem Criminal- oder dem Polizeirechte.

5) §. 1. I. de obl. quae ex del. (4. 1.)

6) Durch die Heimlichkeit im Gegensatze offener Gewalt unterscheidet sich furtum von rapina. pr. I. de vi bon. rapt. (4. 2.) l. 3. §. 4. 5. D. de incend. ruin. (47. 9.)

actio furti als der condictio furtiva zum Grunde, und die privatrechtlichen Ansprüche aus dem Diebstahle werden bei uns ganz nach Röm. Grundsätzen beurtheilt. Eine Sache, welche gestohlen wird, kann nur eine bewegliche seyn, niemals eine unbewegliche [1]), d. i. die an dieser verübten ähnlichen Vergehen werden von den Römern schon zur Zeit des Gajus nicht mehr [2]) zum Diebstahle gerechnet. Wenn aber eine mit dem Boden zusammenhängende Sache [3]) abgetrennt wird, kann sie auch sofort Gegenstand des Diebstahls werden [4]). — Man muß drei [5]) Arten diebischer Handlungen unterscheiden: den Diebstahl der Sache, wenn der Dieb sich eine fremde Sache selbst und in der Absicht zueignet, sie als sein Eigenthum zu gebrauchen; den Diebstahl des Gebrauchs [6]), wenn er eine fremde oder auch eine eigene Sache zu widerrechtlichem Gebrauche anwendet, und Diebstahl des Besitzes [7]), wenn er seine eigene Sache aus dem Besitz eines Andern entwendet. Selbst der Diebstahl einer Sache kann an der eigenen des Diebes vorkommen, wenn sie ihm mit einem Andern gemeinschaftlich gehört [8]). — Ein nothwendiges Erforderniß des Diebstahls ist die körper-

1) l. 38. fin. D. de usurp. et usuc. (41. 3.) l. 25. pr. D. de furt. (47. 2)

2) Gajus II. 51; §. 7. I. de usuc. (2. 6.)

3) Besonders durch den Dieb selbst.

4) l. 25. §. 2. l. 26. §. 1. D. eod.

5) §. 1. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) l. 1. §. 3. D. de furt (47. 2.)

6) §. 6. I. de obl. q. ex del. (4. 1.) l. 40. l. 54. pr. l. 76. pr. D. de furtis (47. 2.)

7) §. 10. 16—18. I. eod. (4. 1.) l. 12. §. 2. l. 14. §. 3—7. l. 15. §. 1. 2. l. 20. l. 59. D. eod. (47. 2.)

8) l. 45. D. pro socio (17. 2.) l. 45. D. de furtis (47. 2.) Ein furtum *usus* kann der Dieb an seiner eigenen Sache begehen, wenn er z. B. eine speciell verpfändete Sache veräußert, l. 19. §. 6. l. 66. pr. D. eod.; — wohlverstanden, wenn die Veräußerung lucri faciendi animo geschah.

liche Berührung und Fortschaffung einer Sache zu einer andern Stelle (contrectatio) [1]). Diese ist keineswegs als Besitzergreifung zu erklären, denn man kann einen Diebstahl sogar an solchen Sachen begehen, die man schon selbst im natürlichen oder juristischen Besitze hat; auch ist die wissentliche Veräußerung einer fremden Sache kein Diebstahl [2]), so wie die wissentliche Bezahlung mit fremdem Gelde [3]). — Wer fremde Sachen unterschlägt, welche er nur der Art nach, nicht individuell wieder zu geben hatte, der begeht keinen Diebstahl, mußte er sie aber in den ihm gegebenen speciellen Stücken zurückliefern, so stiehlt er, falls er sie nicht bloß ableugnet (wobei noch die contrectatio fehlen würde), sondern auch sie zum Verbergen fortgeschafft hat [4]). — Ein Diebstahl kann, wie aus dem Vorhergehenden folgt, selbst an solchen Sachen begangen werden, die sich in Niemandes Besitze befinden, denn auf das Besitzverhältniß eines Bestohlenen zur gestohlenen Sache kommt es für den Begriff des Diebstahls gar nicht an [5]). Wenn jedoch Sachen zu einer hereditas jacens gehören, und sich nicht in den Händen dritter Personen befinden: so soll ein Diebstahl an ihnen nicht begangen werden können [6]); vielmehr wird die That als ein

1) §. 6. I. eod. (4. 1.) l. 3. §. 18. D. de acq. vel amitt. poss. (41. 2.) l. 22. pr. §. 1. l. 52. §. 19. D. de furtis (47. 2.) Averanii int. lib. 1. c. 28.

2) §. 3. fin. I. de usucap. (2. 6.) l. 1. l. 7. C. de usucap. pro emtore (7. 26.) l. 2. C. de usuc. pro donato (7. 27.)

3) l. 52. §. 16. D. de furt. (47. 2.)

4) l. 22. §. 7. D. de usufr. (7. 1.) l. 43. §. 1. fin. D. de furt. (47. 2.) l. 29. pr. D. depositi (16. 3.) l. 55. D. mandati (17. 1.) l. 3. §. 18. D. de acq. vel am. poss. (41. 2.) l. 1. §. 1. 2. l. 33. D. de furtis (47. 2.)

5) §. 48. I. de rer. div. (2. 1.) l. 43. §. 4. 11. D. de furtis (47. 2.)

6) l. 40. D. de nox. act. (9. 4.) l. 68—70. D. de furtis (47. 2.) l. 2. §. 1. l. 6. D. expil. her. (47. 19.)

eigenes Verbrechen angesehen. — Die Entwendung muß den Charakter der Rechtswidrigkeit haben, um den Begriff des Diebstahls zu begründen, d. h. es müssen dadurch die Rechte eines Andern gekränkt [1]) werden, oder mit andern Worten, das furtum muß invito domino geschehen seyn. Wenn der Eigenthümer oder Berechtigte einwilligt, so ist die Entwendung kein Diebstahl, sollte auch der Thäter mit der geschehenen Einwilligung unbekannt geblieben seyn [2]). Beruhte diese aber auf einem solchen Irrthume des Einwilligenden, welche der Entwender arglistig verursacht, oder arglistig nicht gehoben hat, so ist die Entwendung ein Diebstahl [3]). — Ueberhaupt muß der Entwender sich in dolo [4]) befinden, wenn der Begriff des Diebstahls vorhanden seyn soll, und dazu muß immer die gewinnsüchtige Absicht (lucri animus) des Entwenders kommen, welcher sich durch den Diebstahl einen Vermögensvortheil verschaffen will [5]); wozu aber hinreicht, daß er etwas stiehlt, um es nachher einem Andern, ja sogar um es dem Bestohlenen wieder zu schenken [6]).

1) Es lassen sich übrigens auch rechtswidrige Entwendungen denken, durch welche die Rechte eines Andern nicht gekränkt werden, s. l. 14. §. 1. l. 15. §. 2. l. 43. §. 5. l. 59. D. de furt. (47. 2.)

2) l. 46. §. 8. l. 48. §. 2. D. eod. §. 8. I. de obl. q. ex delict. (4. 1.)

3) Daher ist es auch ein Diebstahl, wenn Jemand ein indebitum wissentlich bezahlt nimmt l. 18. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 21. §. 1. l. 43. pr. l. 44. pr. §. 1. D. de furtis (47. 2.)

4) Es ließe sich den übrigen Erfordernissen nach wohl ein furtum culposum denken, aber das Röm. Recht verlangt die Absicht der Entwendung. §. 7. I. de obl. q. ex del. (4. 1.) l. 51. pr. D. pro socio (17. 2.) l. 46. §. 7. l. 50. §. 2. D. de furtis (47. 2.) —

5) §. 1. I. eod. (4. 1.) l. 41. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 39. l. 53. pr. D. de furt. (47. 2.)

6) l. 54. §. 1. D. eod.

B. Actio furti.

§. 553.

Die actio furti ist eine Pönalklage [1]), während die condictio furtiva auf Erstattung der gestohlenen Sache geht. — Kläger mit der actio furti kann ein Jeder seyn [2]), der einen Schaden aus dem Diebstahle erlitten hat, sofern sein Interesse an der Sache auf eine anständige Weise [3]) begründet, und er durch den Diebstahl positiv benachtheiligt, nicht etwa eines bloß zu erwartenden Vortheils beraubt worden ist [4]). Diese allgemeinen Sätze sind im Römischen Rechte bei einzelnen Verhältnissen genau ausgebildet, wenn man z. B. Jemandem eine Sache anvertraut, sie diesem gestohlen wird, er aber nicht für den Diebstahl einzustehen braucht: so hat er auch die actio furti nicht [5]). Der Herleiher beim Commodat hat die Wahl zwischen der Commodatsklage gegen den Commodatar und der actio furti gegen den Dieb [6]). Hat Jemand fremde Sachen ohne Bewilligung des Eigenthümers in Verwahrung genommen: so hat zwar nicht er, sondern der Eigenthümer die actio furti. Will sich dieser aber an jenen mit der actio negotiorum gestorum halten: so muß er dem Bestohlenen die actio furti abtreten [7]). —

1) §. 19. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) §. 18. I. de act. (4. 6) l. 54. §. 3. D. de furtis (47. 2.)

2) §. 13—15. I. de oblig. quae ex del. (4. 1.) l. 10. l. 14. §. 17. l. 82. §. 1. D. eod. (47. 2.) l. 22. init. C. de furt. et serv. corrupt. (6. 2.)

3) Honesta causa, — l. 11. l. 12. §. 1. l. 76. §. 1. D. eod.

4) l. 71. §. 1. l. 74. D. eod.

5) §. 17. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) l. 14. §. 3. D. eod. Muß aber derjenige, welchem sie anvertrauet war, für den Diebstahl einstehen: so hat er die actio furti; und ist er dann insolvent: so hat sie der Eigenthümer §. 15. I. eod. l. 12. pr. l. 44. §. 2. l. 78. D. eod.

6) l. 22. pr. — §. 3. C. eod. (6. 2.)

7) l. 53. §. 3. l. 85. D. eod.

Handelte der Bestohlene dolose, so kann er selbst die actio furti nicht gebrauchen, sondern muß sie dem Eigenthümer anheimstellen [1]). Der **Beklagte** bei der actio furti ist der Dieb und dessen Mitverbrecher, sofern [2]) sie wirklich thätlich beim Diebstahle geholfen haben [3]); ja es findet die actio furti gegen diese Diebesgehülfen selbst dann Statt, wenn etwa der Dieb selbst aus einem besondern Grunde mit der actio furti nicht belangt werden könnte [4]). — Die **Strafe** ist nicht bei allen Diebstählen gleich. Das Röm. Recht unterscheidet dabei das furtum manifestum von dem furtum nec manifestum. Unter dem erstern versteht man einen Diebstahl, bei welchem der Dieb ergriffen, oder das Gestohlene fahren zu lassen gezwungen ist, bevor er es an denjenigen Ort gebracht hat, wo er an diesem Tage zu bleiben beabsichtigte [5]). Jeder später ergriffene Dieb ist fur nec manifestus. Beim manifesten Diebstahl ist die Strafe [6]) das Vierfache, beim nicht manifesten das Doppelte des klägerischen Interesse [7]). Nur der

1) l. 14. §. 3. 8. 9. D. eod. Erst wenn der Eigenthümer sich an den Bestohlenen halten kann und will, auch diesem die actio furti cedirt, hat sie ein solcher Bestohlener. S. Note 7. v. S.

2) Wer dazu bloß gerathen, kann nicht aus der act. furti belangt werden. §. 11. I. eod.

3) l. 52. pr. l. 54. §. 4. D. eod. Gegen **mehrere** Beklagte geht die act. furti in solidum und die Zahlung des Einen befreiet die Uebrigen nicht. l. 21. §. 9. D. eod. l. 1. §. 19. D. si is qui testam. liber (47. 4.) Gegen die Erben des Diebes geht diese Pönalstrafe aber gar nicht, wenngleich sie durch den Diebstahl bereichert seyn sollten. l. 1. pr. D. de priv. del. (47. 1.)

4) §. 12. I. eod. l. 36. §. 1. l. 52. pr. §. 1. D. de furtis (47. 2.)

5) l. 3 — l. 8. D. eod. §. 3. I. eod.

6) Da in Deutschland der Diebstahl stets criminell oder polizeilich bestraft wird: so wird diese vierfache und doppelte Strafe bei uns nach dem Gerichtsgebrauche wegfallen.

7) Nicht des Werthes der Sache. §. 5. I. eod. §. 18. I. de act. (4. 6.) conf. l. 27. pr. l. 46. §. 1. l. 67. §. 1. l. 74. l. 80. §. 1. D. eod. Cujacii observat. lib. 19. c. 12. Ersatz der verlornen **Usucapion** kann jedoch nicht gefordert werden; l. 71. §. 1. D. eod.; wegen richtiger Interpretation s. aber v.

Eigenthümer soll bei einem den Werth des Gestohlenen nicht erreichenden Interesse den vierfachen oder den doppelten Werth der Sache selbst fordern dürfen. Die Gehülfen des Diebstahls können aber immer nur auf das Doppelte belangt werden [1]). — Die Klage ist beim manifesten Diebstahl dreißigjährig [2]), beim nicht manifesten einjährig [3]).

C. Condictio furtiva [4]).

§. 554.

Wiewohl diese Klage aus einem Delict entstanden ist, ist sie doch von den Römern nicht ganz nach diesem Ursprunge behandelt worden. Diese erklärt [5]) sich leicht daraus, daß der Diebstahl das einzige Delict ist, aus welchem neben der Pönalklage noch ein eigenes Recht [6]) der Verfolgung der gestohlenen Sache eintritt, und mittelst der condictio furtiva [7]) rein reipersecutorisch geltend gemacht wird [8]); ferner daß diese nicht sowohl die verbrecherische Handlung des Diebstahls, als vielmehr den rechtlosen Besitz der Sache auf Seiten des Diebes im Auge hat. Diese

Savigny R. des Besitzes 4. Aufl. S. 416. Note 1.

1) l. 34. D. eod.

2) Gajus IV. III.

3) pr. I. de perp. et temp. (4. 12.) Vgl. Thibaut System. §. 1060.

4) Einige Stellen unseres Rechtsbuchs nennen sie (wie es scheint, bloß aus Nachlässigkeit im Sprachgebrauche) auch actio furti l. 3. §. 5. D. naut. caup. (4. 9.) l. 71. pr. D. de furtis (47. 2.)

5) Weber zu Höpfner Comm. über die Instit. §. 1030. Note 3.

6) v. Glück Pand. B. 13. §. 873. S. 213. §. 14. I. de act. (4. 6.) l. 12. fin. D. usufr. quemadm. cav. (7. 9.) Wobei die Abweichung von allen andern Condictionen merkwürdig ist.

7) l. 7. §. 1. 2. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 21. §. 5. D. rer. amot. (25. 2.)

8) Neben dieser Condiction hat der Bestohlene noch die actio ad exhibendum und die rei vindicatio. §. 19. I. de obl. qu. ex del. (4. 1.) l. 7. §. 1. l. 11. D. de condict. furt. (13. 1.) l. 1. §. 2. D. de tigno juncto (47. 3.)

Condiction steht nicht jedem Bestohlenen zu, sondern bloß dem Eigenthümer und dessen Stellvertreter; wodurch sie sich wesentlich von der actio furti unterscheidet[1]). Jedoch der Faustpfandgläubiger, welchem das Pfand gestohlen worden ist, kann sich[2]), der ausdehnenden Anwendung des Rechtssatzes gemäß, derselben bedienen. Die Beschränkung auf den Eigenthümer ist in der Person des Klägers so genau genommen, daß dieser nicht bloß zur Zeit der Klage, sondern auch zur Zeit des Diebstahls Eigenthümer gewesen seyn muß, und daß er diese Condiction durch freiwillige Veräußerung des Eigenthums vor Anstellung der Klage verliert[3]). — Sie geht nur gegen den Dieb[4]) und dessen Erben[5]), aber nicht gegen den dritten Besitzer der gestohlenen Sache; selbst nicht gegen die Gehülfen[6]) beim Diebstahle. Aber mehrere, welche gemeinschaftlich das Verbrechen begangen haben, haften jeder fürs Ganze[7]). Der Vater, welcher mit dieser Condiction und damit verbundener actio de peculio aus dem Diebstahle des Sohnes belangt wird, braucht bloß zu zahlen, so weit er sich bereichert findet[8]). Die Klage (welche

1) l. 1. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 14. §. 16. l. 56. §. 4. de furtis (47. 2.);

2) l. 12. §. 2. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 22. pr. D. de pign. act. (13. 7.) Dem Faustpfandgläubiger ist diese Klage jedoch nur als eine condictio *incerti* beigelegt. l. 12. §. 2. cit.

3) l. 10. §. 2 — l. 12. §. 1. D. de cond. furt. (13. 1.)

4) Er mag die gestohlene Sache besitzen oder nicht. §. 19. I. de obl. qu. ex del. (4. 1.)

5) Ob seine Erben bereichert sind, ist gleichgültig; doch kann man von einem Miterben nur die Rata nach Maßgabe seines Erbtheils fordern, falls nicht der beklagte Erbe die gestohlene Sache allein besitzt. l. 7. §. 2. l. 9. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 6. §. 4. D. rer. amot. (25. 2.) l. 3. C. eodem (5. 21.)

6) l. 6. D. de cond. furt. (13. 1.)

7) l. 1. C. de cond. furt. (4. 8.) und die Zahlung des Einen befreiet die Andern.

8) l. 4. l. 19. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 3. §. 12. D. de peculio (15. 1.)

den Dieb [1]) übrigens nicht infamirt) geht auf Herausgabe der Sache (oder Zahlung des Werths) und alles Interesse [2]). Geht die Sache, ehe sie vom Diebe an den Eigenthümer wieder abgeliefert worden ist, durch einen reinen Zufall unter: so wird der Dieb dennoch nicht frei; denn er befindet sich bis zur Zurückgabe an den Eigenthümer im beständigen Verzuge. Wenn er aber die Restitution der Sache bereits angeboten hatte, die Annahme verweigert ist und dann ein Zufall eintritt, so braucht er für diesen nicht mehr einzustehen [3]). Will ein Dieb die Sache durch Zahlung ersetzen, so muß er den höchsten Werth geben, welchen die Sache vom Augenblicke des Diebstahls bis zur Klage hatte; und wenn er Verwendungen irgend einer Art auf ihre Verbesserung gemacht hat: so kann er diese nicht nur nicht [4]) ersetzt verlangen, sondern muß sogar die dadurch bewirkte Wertherhöhung bei der Preisbezahlung ebenfalls ersetzen [5]). — Mit der actio furti, als reiner Pönalklage, concurrirte die condictio furtiva bei den Römern copulativ [6]).

D. Actio de tigno juncto [7]).

§. 555.

Aus dem Gesetze der zwölf Tafeln stammt schon die

1) l. 36. D. de O. et A. (44. 7.) l. 3. §. 2. D. rer. amot. (25. 2.)

2) l. 3. l. 8. §. 2. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 52. §. 28. D. de furtis (47. 2.) Auf Zahlung des Werthes geht die Klage nur, im Falle die gestohlene Sache vor der Restitution umkommt.

3) l. 7. §. 2. l. 8. pr. l. 16. l. 20. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 2. C. eod. (4. 8.)

4) l. 1. C. de infant. expos. (8. 52.)

5) l. 8. §. 1. l. 13. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 29. fin. D. rer. amot. (25. 2.)

6) l. 7. §. 1. D. eod.

7) Cujac. obs. lib. 23. c. 19. Vgl. aber Westenberg de caus. oblig. Diss. VI. c. 2. in Opp. T. 1. Nr. 3. p. 128.

actio de tigno juncto her, welche füglich mit den beiden Klagen aus dem Diebstahle zusammengestellt werden kann [1]). Wenn nämlich bei beweglichen Sachen Jemand fremdes Eigenthum mit dem seinigen verbindet: so hat der fremde Eigenthümer zunächst die actio ad exhibendum und dann die rei vindicatio. Aber um gestohlne Baumaterialien [2]) wieder zu bekommen, welche in Jemandes Gebäude [3]) verbaut sind, kann der Eigenthümer die actio ad exhibendum schon nach einer Verordnung der zwölf Tafeln nicht anwenden; hat aber auch gegen den in bona fide sich befindenden Eigenthümer [4]) die actio de tigno juncto [5]) auf den doppelten Werth des verbaueten Materials. Wer aber mala fide das Material in seine Gebäude fügte, kann außerdem noch mit der actio ad exhibendum auf den vollen Schadensersatz belangt werden [6]), und der Eigenthümer kann, wenn nachmals das Gebäude umgerissen wird, auch seine Baumaterialien zurücknehmen [7]).

IV. Von der rapina [8]).

§. 556.

Raub (si bona rapta esse dicuntur, rapina) ist

1) In den Pand. B. 47. 3. hinter dem Titel de furtis.

2) Unter tignum wird im Röm. Rechte jedes Baumaterial verstanden. l. 1. §. 1. D. de tigno juncto (47. 3.)

3) Oder in dessen Weinberg. l. 1. pr. D. eod.

4) Wogegen l. 63. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) nichts Widersprechendes vorbringt.

5) §. 29. I. de rer. div. (2. 1.) l. 6. D. ad exhibendum (10. 4.) l. 1. pr. D. de tigno juncto (47. 3.) l. 23. §. 6. D. de R. V. (6. 1.)

6) l. 23. §. 6. cit.

7) l. 1. §. 2. l. 2. D. eod.

8) Hugo RGeschichte 10. Aufl. S. 266. 578. A. G. Cramer ad Ciceron. or. pro Tullio p. 66. v. Savigny in der Zeitschr. f. die gesch. Rechtswiss. 5. Bd. S. 123 — 130. Schweppe's Rechtsgesch. §. 330.

der gewaltsame Diebstahl [1]), bei welchem entweder Gewalt gebraucht ist, oder der Dieb doch darauf gefaßt war, Gewalt anzuwenden, sofern es ihm Noth thun sollte [2]). Dolus malus ist zur rapina nöthig [3]). — Da der raptor Dieb ist, und obenein improbus fur [4]), so ist er der actio furti unterworfen, und zwar, je nachdem er ertappt ist, oder nicht, manifesti [5]), oder nec manifesti [6]), und daneben auch noch der condictio furtiva [7]). Der Prätor hat aber noch eine eigene Klage, die wenigstens für die rapina nec manifesta ihren Nutzen [8]) hat, nämlich die actio vi bonorum raptorum, innerhalb eines Jahres auf das Vierfache, nach dieser Zeit auf das Einfache des wahren Werthes der Sache eingeführt [9]). Das Vierfache enthält zugleich rei persecutionem [10]), auch concurrirt die Klage mit den Klagen aus dem furtum nur alternativ [11]). Die Subjecte bei der actio vi bonorum raptorum sind die nämlichen, wie bei der actio furti [12]). Die Klage gehet gegen alle Theilnehmer der rapina und sowohl gegen den cogens, den Rädelsführer, als alle coacti [13]), die zur Hülfe Zusammengebrachten.

1) Rapina ist vieles mehr, als unser Raub. Sie begreift alle Fälle, in denen Entwendung oder Beschädigung einer fremden Sache mit eigenmächtiger Gewalt geschehen ist. l. 2. pr. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) l. 1. C. eod. vi bon. rap. (9. 33.)

2) pr. I. de vi bon. rapt. (4. 2) Nov. 134. c. 13. Cujacii obs. lib. 6. c. 2. Statt Anwendung von Gewalt, reicht auch schon hin, wenn coactis hominibus gehandelt ist, d. i. wenn der Thäter Gehülfen hatte, selbst einen einzigen. l. 2. §. 4—9. D. eod. (47. 8.)

3) l. 2. §. 18—20. D. eod. §. 1. I. eod. (4. 2.)

4) pr. I. eod.

5) l. 80. §. 3. D. de furtis (47. 2.)

6) l. 1. D. de vi bon. rapt. (47. 8.)

7) l. 2. §. 26. D. eod.

8) Cujacii Parat. ad C. lib. 9. tit. 33. v. d. Water Obs. jur. Rom. l. 5.

9) pr. I. eod.

10) pr. I. eod. l. 2. §. 13. D. eod. (47. 8.)

11) l. 1. D. eod.

12) §. 2. I. eod.

13) l. 2. §. 2. 12. D. eod.

V. Von den possessorischen Rechtsmitteln [1]).

§. 557.

Die Eigenthums-, Servituten-, Pfand- und Erbschaftsklagen verfolgen Sachen oder dingliche Rechte und sollen den streitigen Zustand in Rücksicht dieser Gegenstände definitiv endigen. Bedient man sich ihrer, so klagt man im **Petitorium** [2]). Im Gegensatze desselben giebt es auch noch Klagen bloß in Rücksicht des Besitzes (actiones momentariae possessionis, s. momenti [3]), das **Possessorium**); und zwar a) remedia adipiscendae possessionis auf Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes; b) retinendae und recuperandae possessionis auf Beibehaltung eines noch fortdauernden und Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes [4]). Die Rechtsmittel der ersten Art, durch welche man einen noch nicht erlangten Besitz erwerben will, sind als provisorische dingliche Klagen anzusehen, und gehören nicht hierher [5]); dagegen sind die zur Beibehaltung eines gefährdeten oder Wiedererlangung eines verlornen Besitzes — persönliche Klagen aus widerrechtlichen Handlungen, und ganz eigentlich hier bei den obligationes, quae ex delicto nascuntur, zu erörtern. Sie kommen darin überein, daß sie nur dem eigentlichen possessor, nicht dem bloßen Detentor, zustehen; eine Eigenmächtigkeit des Beklagten voraussetzen, und bloß gegen den Thäter Statt finden. Wer bei Gelegenheit dieser Rechtsmittel unterliegt und den Besitz dem Kläger

1) v. Savigny Besitz. §. 35. 36.

2) Martin bürg. Proceß. 9te Aufl. §. 258.

3) Brissonius de V. S. voc. momentarius et momentum. Cujacii obs. lib. 1. c. 20.

4) l. 2. §. 3. D. de interd. (43. 1.)

5) v. Savigny §. 35.

lassen oder wiederüberlassen muß, hat nur einen einstweiligen Nachtheil zu tragen und kann noch in das **Petitorium** übergehen. Wer aber im Petitorium besiegt ist, kann nicht nachmals noch das Possessorium ergreifen.

A. Von den Rechtsmitteln auf Schutz im Besitz.

1. Auf Schutz im ordentlichen Besitz [1]).

§. 558.

Das Römische Recht hat zum Zweck des Schutzes im Besitz ein doppeltes interdictum retinendae poss., das int. uti possidetis für Grundstücke [2]), und das int. utrubi für bewegliche Sachen [3]). Das letzte hat nach dem neuern Rechte eine völlig gleiche Natur mit jenem [4]). Die Bedingungen des Interdicts sind theils ein noch fortdauernder Besitz, welcher zwar wahre juristische possessio [5]) zur Zeit der Klaganstellung seyn muß, wobei es aber auf Alter und Titel nicht ankommt [6]); theils eine Eigenmacht, welche Störung des Besitzes ist, ohne denselben gänzlich aufzuheben [7]), gleichviel ob dem Besitzer einzelne Aeußerungen der ihm rechtlich zustehenden Willkür verhindert werden [8]), oder der Gegner sich positive Eingriffe und Anmaßungen gegen den Besitz erlaubt [9]). — Dagegen bestehen die Eigenthümlichkeiten dieses Interdicts in folgenden

1) v. Savigny §. 37—39.

2) l. 1. pr. §. 1. D. uti possid. (43. 17.)

3) l. 1. pr. §. 1. D. de utrubi (43. 31.)

4) §. 4. I. de interd. (4. 15.) Schweppe Rechtsgesch. §. 331.

5) l. 9. D. de R. V. (6. 1.) l. 3. §. 8. D. uti possidetis (43. 17.) §. 4. fin. I. de interdict. (4. 15.)

6) cap. 9. X. de prob. (2. 19.) m. s. v. Savigny 4. Aufl. §. 51. S. 498—500.

7) l. 1. §. 4. D. uti poss. (43. 17.)

8) l. 3. §. 2—4. D. eod.

9) l. 11. D. de vi (43. 16.)

Grundsätzen: a) Die Klage geht auf Aufhebung der Störung des Anderen, und Anwendung der dazu vom Richter für nöthig erachteten Mittel, z. B. Cautionen [1]); zugleich aber auch auf Erstattung des durch die Turbation entstandenen Schadens [2]). b) Sie dauert nach dem Zeitpuncte der erlittenen Störung nur ein Jahr [3]). c) Sie wird durch eine Einrede ausgeschlossen, wenn der Kläger vom Beklagten fehlerhaft (vi oder clam oder precario) besitzt [4]); und hat d) eine gemischte Natur, in Folge deren auch der Kläger condemnirt werden kann, wenn nicht er, sondern der Beklagte sich als der eigentliche Besitzer ergeben [5]), oder dieser die Klage durch eine der eben gedachten Einreden ausschließen sollte [6]). Daß auch jeder der Theile als Kläger auftreten oder die Klage anstellen könne, folgt hieraus consequenter Weise von selbst [7]); nur daß nach unseren Deutschen Proceßordnungen, Proceßtheorien und Gerichtsgewohnheiten diese Römische Ansicht niemals scheint praktisch geworden zu seyn, noch werden zu können, ist eben so klar.

2. Auf Schutz im jüngsten Besitz [8]).

§. 559.

Nach Römischem Recht wurde der richterliche Schutz

1) v. Savigny 4te Aufl. §. 37. S. 369.; §. 38. S. 375.

2) l. 3. §. 11. D. uti possid. (43. 17.) Jedoch soweit sich der Gegner noch bereichert findet, ist sie an den Raum eines Jahrs nicht gebunden. l. 1. pr. eod. l. 4. D. de interd. (43. 1.) v. Savigny a. a. O. §. 38. S. 378.

3) l. 1. pr. D. uti possid. (43. 17.)

4) l. 1. §. 1. D. eod.

5) l. 1. §. 26. D. de aqua quot. (43. 20.) §. 4. 7. I. de interd. (4. 15.) l. 1. §. 2. 3. l. 3. §. 1. D. uti possid. (43. 17.) l. 37. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.)

6) l. 3. pr. D. eod.

7) v. Savigny a. a. O. §. 37. S. 370. und daselbst Not. 1. u. 2.

8) v. Savigny §. 51.

nur einem vollständigen Besitz zu Theil; allein die Länge der Zeit, welche zur Ausmittelung desselben erfordert wurde, und die im Mittelalter zunehmende Gewohnheit der Selbsthülfe, welche man abzuschaffen suchen mußte, brachte in Deutschland auch einen Schutz im jüngsten Besitz, und die Unterscheidung eines Possessorium ordinarium und summarium zu Wege, welche von dem Gerichtsgebrauch erfunden, später durch die Reichsgesetze förmlich anerkannt wurde [1]). Es gelten aber folgende Grundsätze: a) Der Besitz wird als hinlänglich angenommen, wenn der Kläger nur eine einzelne entschiedene Besitzhandlung, und der Gegner keine spätere anzuführen und sofort nachzuweisen vermag. b) Der Streit unter den Parteien sollte der Theorie nach nur dann im Summarium geführt werden, wenn die bisherige Besitzstörung mit einer Gefahr für die öffentliche Ruhe verknüpft [2]) erscheint; allein der Gerichtsgebrauch sieht auf dieses Erforderniß, dessen Grund sich geschichtlich erklärt, nicht mehr. c) Die Einrede, daß der Besitz des Klägers fehlerhaft sey, ist an sich nicht unzulässig; allein da sie sofort liquide seyn müßte, wenn auf sie Rücksicht genommen werden sollte: so wird dafür bei dem schnellen Verfahren selten Zeit zu einem Beweise von einiger Umständlichkeit vorhanden seyn [3]). d) Der Schutz des jüngsten Besitzes selbst ist nur eine einstweilige Gerichtsverfügung, und dessen Ertheilung ist dem Beklagten sowohl an seinem Rechte, als an seinem ordentlichen Besitze unnachtheilig [4]). e) Derjenige, welcher im Possessorium summarium unterliegt, kann noch vor dem Uebergang ins Petitorium das Possessorium ordi-

1) C. G. O. v. 1555. Th. 2. Tit. 21. §. 3.

2) C. G. O. a. a. O.

3) Kind quaest. for. Tom. 2. c. 32.

4) C. G. O. a. a. O.

narium wählen, um sich wenigstens vorläufig im ordentlichen Besitze schützen zu lassen. f) Ist wirklich Gefahr für die öffentliche Ruhe bei der Besitzstörung zu fürchten oder schon offenbar, und die Parteien suchen nicht selbst um Schutz im Besitze nach, so soll der Richter von Amtswegen den Besitz sequestriren [1]).

B. Von den Rechtsmitteln auf Wiedererlangung des Besitzes.

1. Nach dem Römischen Rechte [2]).

§. 560.

Zum Zweck der Wiedererlangung des Besitzes hat das Römische Recht im Falle einfacher Gewaltanwendung das interdictum de vi, und wenn dabei Waffen gebraucht sind, das de vi armata, was ehemals mehr Auszeichnungen hatte, als ihm im justinianeischen Rechte erhalten sind [3]). Ursprünglich galt das Interdict bloß für Grundstücke [4]), nach dem neueren Rechte auch für bewegliche Sachen [5]). Es setzt einen voraufgegangenen Besitz des Klägers und zwar wahre possessio [6]) und eine mittelbar oder unmittelbar bewirkte eigenmächtige Vertreibung aus diesem Besitze durch den Beklagten voraus [7]). Die Klage geht auf Restitution des Besitzes, und zwar müssen bei Grundstücken alle darin oder darauf befindlich gewesene

1) C. G. O. a. a. O.

2) v. Savigny §. 40.

3) Schweppe Rechtsgesch. §. 332.

4) l. 1. §. 3—8. D. de vi (43. 16)

5) l. 7. C. unde vi (8 4) §. 1. I. de vi bon. rapt. (4. 2.) §. 6. I. de interd. (4. 15.) A. M. ist Thibaut in Genslers Archiv I. 7. 1. s. dagegen v. Savigny a. a. O. S. 407—413.

6) l. 1. §. 9. 10. D. eod.

7) l. 1. §. 12—15. §. 45. l. 3. §. 10—12. D. eod.

Sachen zugleich restituirt werden [1]). Kann der Dejicient die Restitution nicht schaffen, so muß er den Werth des Besitzes erstatten [2]), welcher aber von dem des Eigenthums sehr verschieden ist [3]); zugleich muß er dem Kläger sein sonstiges Interesse ersetzen [4]). Gegen einen dritten Besitzer findet das Interdict nicht Statt [5]); auch dauert es da, wo der Dejicient nicht mehr bereichert ist, nur ein Jahr [6]), vom Zeitpuncte der verübten Gewalt angerechnet; der dejectus müßte denn den Besitz bloß für einen Andern ausgeübt haben, wo es nach einer besonderen Constitution perpetuum seyn soll [7]). Die Einrede des Verzichtes, der vor der Gewaltanwendung geschehen sey, hat gar keine rechtliche Wirkung [8]). Die Einrede, daß der Kläger von dem Beklagten vi, clam, precario besessen habe, ist nach dem neueren Rechte allgemein unzulässig [9]), auch fällt alles Retentions- und Compensationsrecht auf Seiten des Beklagten weg, wodurch dann der Dejicient um allen Aufwand kommt, welchen er etwa auf die Sache gemacht hatte [10]). Für den Beweis des Klägers ist noch zu bemerken, daß, wenn dieser die Gewaltthätigkeit auf andere

1) l. 1. pr. D. de vi. Auch die Früchte, vom Augenblicke der Dejection angerechnet, selbst die percipiendi müssen erstattet werden. l. 1. §. 4. D. eod. l. 4. C. eod (8. 4.)

2) l. 1. §. 35. D. eod. (43. 16.) Die Erben des Bekl. aber nur soweit sie bereichert sind oder ohne dolose Handlungsweise bereichert seyn würden. l. 1. §. 48. D. l. 2. l. 3. pr. D. eod.

3) l. 21. §. 2. D. quod metus causa (4. 2.)

4) l. 6. D. de vi. Er steht selbst für den reinen Zufall ein, welcher nach der Besitzbemächtigung die Sache trifft. l. 1. §. 35. 41. D. eod. Sogar wegen Unterbrechung der Usucapion haftet er, s. v. Savigny a. a. O. S. 415 ff.

5) l. 7. D. eod. l. 3. §. 10. D. uti possid. (43. 17.)

6) l. 1. pr. D. de vi. l. 2. C. unde vi (8. 4.) v. Savigny a. a. O. S. 421 — 423.

7) l. 1. C. si per vim (8. 5.)

8) l. 27. §. 4. D. de pactis (2. 14.)

9) Gajus IV. 155. §. 6. I. de interd.

10) l. 14. §. 2. C. de compens. (4. 31.)

Weise schon dargethan hat, über Verlust und Werth der verlorenen Sache der Eid des Klägers entscheidet [1]) (**Jusjurandum Zenonianum**). Gegen Personen, welchen Ehrfurcht gebührt, gilt bloß das interd. de vi armata, sonst bloß actio in factum [2]). Besonders häufig ist auch das Interdict gegen den Verwalter eines fremden Besitzes, wenn er wegen angemaßten Eigenthums nicht zurückgiebt (§. 215. Thl. 2. S. 15.). Wurde das Grundstück eines Abwesenden occupirt, so galt int. de clandestina possessione [3]); seitdem indessen der Besitzer erst Wissenschaft haben muß, geht der Besitz nicht als clandestina, sondern violenta possessio verloren, und es gilt das int. de vi [4]). Die anomale Bestimmung, daß, wenn die besitzlose Sache eines Abwesenden occupirt wird, dieser 30 Jahre das int. de vi haben soll, ist von Justinian [5]).

2. Nach dem kanonischen Rechte [6]).

§. 561.

Wichtige Bestimmungen über ausgeübte Gewalt und die dadurch herbeigeführte Besitzentsetzung (**Spolium**) finden sich im kanonischen [7]) Rechte. Indessen ist die hier so oft erwähnte [8]) actio **spolii** wohl weiter nichts, als das Römische interdictum de vi, nur mit den einzigen Ab-

1) l. 9. C. unde vi (8. 4.) cap. 7. X. de his, quae vi metuve gesta. (1. 40.) v. Glück's Pand. B. 12. §. 819. Nur muß der Richter zuvor ein Maximum bestimmen, das der schwörende Kläger nicht überschreiten darf. v. Savigny a. a. O. S. 417. und Note 1.

2) l. 1. §. 43. D. de vi.

3) l. 7. §. 5. D. comm. div. (10. 3.)

4) v. Savigny §. 41.

5) l. 11. C. unde vi (8. 4.) v. Savigny §. 43.

6) v. Savigny §. 50.

7) Lib. 2. Tit. 13. Decretal.

8) Hauptstelle Decr. Grat. P. 2. Caus. 3. qu. 1. c. 3. „redintegranda" sunt omnia spoliatis etc.

weichungen, daß sie auch nach Entziehung einer juris quasi possessio [1]) gebraucht werden kann; ferner als actio in rem auch gegen einen dritten Besitzer Statt findet, welcher die Sache, um das Spolium wissend, an sich brachte [2]); daß vor der Restitution des Spoliums der Rechtszustand gar nicht untersucht werden soll [3]), und daß die actio spolii auch gegen Personen, denen man Ehrerbietung schuldig ist, gebraucht werden kann [4]). Es ist wohl ohne Grund, wenn die Praktiker die Klage auch dem Detentor geben, sie an jede unrechtliche Entziehung des Besitzes knüpfen [5]), und 30 Jahre dauern lassen. Aber ein ganz neues Institut ist die exceptio spolii, vermöge dessen der Spoliirte auf alle Klagen des Spolianten bis zur Restitution des Spoliums die Einlassung verweigern kann, vorausgesetzt, daß er binnen 15 Tagen vom Augenblick der Vorschützung das Spolium erweiset [6]), und nicht eine weltliche Sache mit der exceptio spolii einer Kirchensache, wegen der man klagte, entgegengesetzt wird.

C. Von den possessorischen Rechtsmitteln beim jus in re.

1. Von den Rechtsmitteln bei der Personalservitut.

§. 562.

Da auch bei dem jus in re Besitz angenommen wird,

1) c. 2. 3. 7. 8. 10. 17. X. de rest. spol. (2. 13.) c. 2. in VIto eod. (2. 5.) Steht dem Kläger dann nach allgemeinen Grundsätzen das jus possidendi nicht zu: so muß er noch den Titel seines Besitzes ediren, ehe er die actio spolii anstellen kann.

2) cap. 18. X. de restit. spoliat. (2. 13.)

3) cap. 5. X. eod.

4) c. 7. X. eod.

5) Man beruft sich auf Caus. 2. q. 2. c. 3. allein m. s. v. Savigny a. a. O.

6) cap. 1. de restit. spoliat. in 6to (2. 5.) J. H. Boehmer de depravato exceptionis spolii statu. (Ex. ad P. Tom. 5.)

so kommen hier ebenfalls possessorische Rechtsmittel vor, durch welche sich der juris possessor gegen Eingriffe des Eigenthümers der Sache, an welcher das jus in re ausgeübt wird, so wie gegen die Anmaßungen jedes Dritten schützen kann. Bei Eingriffen in den Besitz der Personalservitut [1]) sind diese Rechtsmittel die nämlichen, wie bei dem Besitz der Sache selbst, nämlich das interdictum uti possidetis für den Fall der Störung ohne gewaltthätige Vertreibung des Besitzers [2]), und das interdictum de vi für die Dejection [3]) desselben.

2. Von den Rechtsmitteln bei der Realservitut [4]).

a. Bei der servitus praedii urbani.

§. 563.

Da jeder Eingriff in den Besitz einer servitus praedii urbani zugleich ein Eingriff in den Besitz des herrschenden Grundstücks ist, so findet deßhalb allgemein das interdictum uti possidetis Statt [5]). Nur bei der servitus cloacae ist dieß Interdict ausgeschlossen [6]), und dafür ein eigenes interdictum de cloacis gegeben, wenn der Besitzer an der Reinigung oder Ausbesserung des Canals gehindert wird [7]). Der Kläger muß Caution wegen des durch seine Arbeit möglichen Schadens stellen [8]), der Beklagte aber wird, weil der ganze Ort dabei interessirt ist, daß die Reinigung nicht aufgehalten werde, und die Untersuchung des Rechts, selbst auch sogar nur der justa

1) v. Savigny §. 45.
2) l. 4. D. uti possid. (43. 17.)
3) l. 3. §. 13. 14. D. de vi (43. 16.)
4) v. Savigny §. 46.
5) l. 8. §. 5. D. si servit. vind. (8. 5.)
6) l. 1. pr. D. uti possid. (43. 17.)
7) l. 1. pr. D. de cloacis (43. 25.)
8) l. 1. §. 14. D. eod.

possesio, schon eher Zeit hat, — mit der Einrede, daß der Kläger vi, clam, precario besitze, nicht gehört [1]).

b. Bei der servitus praedii rustici.

§. 564.

Auch in den Besitz einer servitus praedii rustici sind Eingriffe denkbar, welche aber nicht Störung des Besitzes des herrschenden Grundstückes sind, und darum ganz eigene Interdicte zur Folge haben [2]), nämlich a) bei gestörter [3]) Benutzung der Wegegerechtigkeit das interdictum de itinere actuque privato, wenn der Besitzer [4]) im letzten Jahre, von der Klage angerechnet, an 30 verschiedenen Tagen die Servitut als ein Recht ausübte [5]). Ueberträgt der Besitzer das herrschende Gut einem Anderen, so kann dieser sich die Handlungen des Auctors zu Gute rechnen [6]), worauf das interdictum de itinere, quo venditor usus est, beruht [7]). Wird der Besitzer an Ausbesserung des Weges gehindert, so hat er das interdictum de itinere reficiendo [8]); außer den Erfor-

1) l. 1. §. 7. D. eod. v. Savigny a. a. O. S. 470. und Note 2.

2) l. 20. D. de servit. (8. 1.)

3) Die Störung wird so erfordert, wie beim Int. uti possidetis. v. Savigny a. a. O. §. 46. S. 459.

4) Der Besitz muß auch bei diesem Interdicte nicht fehlerhaft, das heißt, die hier erforderliche Ausübung muß nicht vi, clam, precario im Verhältnisse zum Beklagten oder dessen Auctor geschehen seyn. l. 1. §. 12. — l. 3. pr. §. 2. l. 6. D. de itin. act. priv. (43. 19.) v. Savigny a. a. O. S. 459—462.

5) l. 1. §. 2. 3. D. de itinere actuque priv. (43. 19.) Die Ausübung eines Andern für das praedium dominans wirkt für dasselbe. l. 1. §. 7. 8. l. 3. §. 4. 7. D. eod.

6) l. 3. §. 6—10. D. eod. Selbst dann, wenn der gegenwärtige Besitzer des praed. domin. die Servitut noch gar nicht ausgeübt hat; wo also das Interdict zu einem int. adipiscendae poss. wird. l. 5. §. 2. l. 6. D. eod.

7) l. 2. §. 3. D. de interd. (43. 1.)

8) l. 3. §. 11. D. de itinere.

dernissen des vorigen Interdicts [1]) muß er bei diesem wegen des durch die Arbeit möglichen Schadens caviren [2]), und das Daseyn der Servitut selbst beweisen [3]). b) Bei gestörter Benutzung der servitus aquaeductus, je nachdem die Art der Servitut es mit sich bringt, das interdictum de aqua quotidiana, oder de aqua aestiva, wenn der Besitzer bei dem ersten Interdict die einmalige Ausübung im letzten Jahre [4]), bei dem zweiten in dem letzten oder vorletzten Sommer darthut [5]), und bei beiden die Ausübung in gutem Glauben vornahm [6]). Wird der Besitzer an der Ausbesserung der Wasserleitung gehindert, so hat er das interdictum de rivis [7]), wobei er außer den Erfordernissen des vorigen [8]) Interdicts auch noch Caution wegen des möglicher Weise zu erwartenden Schadens bei der Arbeit stellen muß [9]), das Daseyn der Servitut selbst aber nicht zu erweisen braucht [10]). c) Bei verhinderter Ausübung der servitus aquaehaustus aus einer Quelle, unter welcher Servitut auch die Viehtränke mitbegriffen ist, das interdictum de fonte [11]); vorausgesetzt, daß der Besitzer die Servitut im letztverflossenen Jahre einmal ausübte [12]). Alle bisher angeführte Interdicte sind, wie das

1) l. 3. §. 13. D. eod.

2) l. 3. §. 11. l. 5. §. 4. D. eod.

3) l. 3. §. 13. 14. D. eod. Es ist das int. de itinere refic. wegen dieser Erfordernisse von der confessorischen Servitutenklage daher jetzt nicht mehr zu unterscheiden (v. Savigny §. 46. S. 463.), weil die Proceßform nicht mehr vorhanden ist, durch welche sich das Interdict von der confessorischen Klage unterschied.

4) l. 1. §. 4. 22. l. 2. D. de aqua quot. v. aest. (43. 20.)

5) l. 1. §. 31—36. D. eod.

6) l. 1. §. 10. 19. D. eod.

7) l. 1. pr. D. de rivis (43. 21.)

8) l. 1. pr. §. 9. D. eod.

9) l. 3. §. 9. D. eod.

10) l. 1. §. 9. l. 4. D. eod.

11) l. un. §. 1. 2. D. de fonte (43. 22.) Eigentlich sind die interdicta hier wieder doppelt, theils für die Ausübung, theils für die Reinigung und Ausbesserung. l. cit. §. 6.

12) l. un. D. eodem. Ueberhaupt sind die Erfordernisse, wie

interdictum uti possidetis, retinendae possessionis [1]), lassen die Einrede der vis, der clandestina possessio und des precarium gegen diejenigen Besitzhandlungen zu, deren sich der Kläger zur Begründung des Interdicts bedient [2]), und haben den Charakter der Duplicität [3]). Bei den noch übrigen servitutes rusticae, bei welchen keine eigene Interdicte eingeführt sind, fällt nach Röm. Rechte das possessorische Klagrecht ganz hinweg [4]), obgleich die Praktiker in solchen Fällen mit dem interdictum uti possidetis utile auszuhelfen pflegen [5]).

3. Von den Rechtsmitteln bei der Emphyteuse und Superficies.

§. 565.

Bei dem Besitz der Emphyteuse gelten dieselben possessorischen Rechtsmittel, wie bei dem Eigenthumsbesitz. Bei dem Besitz des Rechtes, ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden zu haben (superficies) [6]), tritt für den Fall der Störung ein eigenes interdictum de superficiebus ein, welches aber alle Rechte des interdictum uti possidetis hat und sich nur durch seinen besondern Namen auszeichnet [7]); für den Fall der Dejection gilt auch hier das interdictum de vi [8]).

bei dem interd. de aqua quot. v. aestiv.; nur daß dieß ein fließendes Wasser voraussetzt. l. cit. §. 11.

1) l. 4. §. 27. D. de usurp. (41. 3.)

2) l. 1. §. 12. l. 2. l. 6. D. de itinere. S. Not. 4. S. 459.

3) l. 1. §. 26. D. aqua quot. v. aest. S. §. 558. am Ende d.

4) Cujacius ad l. 4. §. 27. D. de usurp. v. Savigny §. 46. S. 513. A. M. ist Thibaut in Gensler's Archiv I. 7. 2.

5) Stryk U. M. P. XLIII. §. 19.

6) v. Savigny §. 47.

7) l. 1. pr. l. 2. D. de superficiebus (43. 18.) Vgl. auch l. 3. §. 7. D. uti possid. (43. 17.)

8) l. 1. §. 5. D. de vi (43. 16.)

VI. Von widerrechtlichen Veränderungen mit Grundstücken.

§. 566.

Wenn mit Grundstücken eine widerrechtliche Veränderung vorgenommen wird: so hat derjenige, welcher dadurch bedrohet oder benachtheiligt wird, einige besondere Rechtsmittel, und zwar, wenn jene Veränderungen noch bevorstehen und zu fürchten sind, die **operis novi nunciatio**; d. h. die nur privatim [1]) oder außergerichtlich dem Unternehmer der Veränderung gemachte Ansage, daß man die von ihm neu unternommene Errichtung oder Aenderung, deren Ausführung mittelst Beschaffung eines mit dem Grund und Boden zusammenhängenden Werks bevorstehe, nicht leiden wolle und deßwegen die Unterlassung der Neuerung verlange. Dieß ist eigentlich die Römische **operis novi nunciatio** (Untersagung der Fortsetzung einer neuen Anlage), welche auch jetzt noch praktisch ist, wenngleich man gewöhnlicher dieselbe bei uns sogleich vor Gericht anbringt.

1. Erfordernisse der Nunciation.

§. 567.

Um die Nunciation anstellen zu können, muß der Nunciant (nunciator) nachweisen, daß das Werk des Andern (Nunciaten) wirklich eine Neuerung (**opus novum**) ist, mithin bisher gar nicht Statt gefunden habe; denn eine bloße Reparatur [2]) reicht auf keine Weise hin das Rechtsmittel zu begründen. Das Werk muß auch mit dem Grund

1) l. 1. §. 2. D. de op. nov. nunc. (39. 1.)

2) l. 1. §. 11. u. 13. D. de o. n. n. (39. 1.)

und Boden zusammenhängend [1]) werden sollen, d. h. bleibend eine Veränderung auf dem Grund und Boden hervorbringen. Ein Gebäude braucht es nicht zu seyn; ein Damm, Graben, Brunnen, Teich, Erdhaufen oder Terrassenwerk u. dgl. reicht dazu hin. Ferner muß das Werk zwar schon angefangen [2]), aber noch nicht vollendet seyn; denn der Gegner braucht die Neuerung auf die erste Ansage nur zu unterlassen, aber nicht niederzureißen oder den vorigen Zustand wieder herzustellen. Im Uebrigen muß die Neuerung ein Werk seyn, welche dem Nuncianten oder dem Publicum [3]) schadet. Schadet sie dem Publicum mittelst Veränderung öffentlicher Sachen, so kann jeder Bürger, welcher zu Anstellung von Popularklagen [4]) befugt ist, nunciiren. Bei Privatsachen hat nur derjenige die Nunciation, welcher ein dingliches Recht an der Sache [5]) besitzt, und ist sein Recht nur ein Nutzungsrecht für seine Person: so kann er nur Namens des Eigenthümers [6]) nunciiren. In Abwesenheit des Eigenthümers [7]) kann jedoch auch derjenige, der nur ein persönliches Recht an der Sache hat, ohne besondern Auftrag von Seiten des Eigenthümers die Nunciation vor-

1) l. 1. §. 12. D. eod.

2) l. 1. §. 1. l. 21. §. 3. D. eod.

3) l. 1. §. 14. 16. 17. D. eod.

4) l. 3. §. ult. l. 4. D. eod.

5) l. 3. §. 3. l. 9. D. de o. n. n. (39. 1.) Der Innehaber einer servitus viae kann jedoch die Nunciation selbst gegen ein dieser Servitut direct schädliches neues Werk nicht vornehmen, sondern muß sich anderer Rechtsmittel bedienen. l. 14. D. eod. Alciati Parerg. III, 24. Cujac. obs. lib. 1. c. 17. Duaren disp. ann. lib. 2. c. 17. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 10. § 685. S. 220 – 224. Besonders aber: Reinhardt Erläut. des Pand. Tit. de novi op. nunc. S. 19 — 23 und Engelhardt de op. novi nunc. pag. 14 — 17.

6) Der Usufructuar nur Namens des Eigenthümers, also nicht gegen denselben. Gegen diesen muß der Nutznießer ein anderes Rechtsmittel gebrauchen. l. 1. §. 20. l. 2. D. eod. l. un. §. 4. D. de remiss. (43. 25.) Calvan. de usufr. c. 37.

7) l. 1. C. si per vim (8. 5.)

nehmen; auch kann statt des Interessenten jeder Andere nunciiren, wenn er des Erstern Genehmigung beizubringen cavirte [1]). Dispositionsunfähige können überhaupt nicht [2]) und Miteigenthümer [3]) nicht gegen andere Miteigenthümer nunciiren. Auch muß der Nunciant ein solcher seyn, der auf künftiges Verlangen, nicht des Nunciaten, sondern des Richters das jusjurandum calumniae [4]) zu leisten im Stande ist. — Eigenthümlich ist auch, daß die Nunciation in re praesenti d. h. gleichsam im Angesichte oder an dem Platze der neuen Unternehmung [5]) eingelegt werden muß, wenn sie wirken soll. Nunciirt wird übrigens ohne Rücksicht auf das Individuum, welchem man nunciirt [6]) (in rem, nicht in personam). Hieraus folgt, daß eine Nunciation wirksam ist selbst gegen den Eigenthümer des operis novi, obgleich [7]) sie nur gegen seinen Procurator oder seinen Arbeiter geschehen ist; desgleichen gegen den Miteigenthümer [8]), obwohl nur einem andern Miteigenthümer gemacht; und selbst gegen die Erben und andere Nachfolger, wenngleich die Nunciation nur beim Erblasser oder Vorgänger angebracht wurde [9]).

1) l. 5. §. 18. l. 13. pr. §. 2. D. de o. n. n. (39. 1.)

2) l. 5. pr. D. de o. n. n. (39. 1.) Sie würden dadurch ihren Besitz veräußern.

3) l. 3. §. 1. 2. D. eod.

4) l. 5. §. 14. D. eod.

5) l. 5. §. 2. 4. D. eod.

6) Also auch dem furiosus, infans oder minor ohne Vormundes Zwischenkunft wird rechtmäßig nunciirt. l. 10. D. eod.

7) l. 1. §. 5. l. 10. l. 11. D. eod. Es kommt nur darauf an, daß diejenigen, gegen welche nunciirt ist, ihren Principal davon benachrichtigen können (l. 5. §. 2—5. 16. D. eod.), daß, worüber und in wie weit nunciirt sey.

8) l. 5. §. 5. D. eod.

9) l. 8. §. 7. D. eod. Die l. 3. §. 3. D. de alien. jud. mut. caus. fact. (4. 7.) scheint zu widersprechen; aber sie zeigt bloß, daß man den Nachfolger in der Sache nicht auf die Kosten belangen kann, welche sein Vorgänger veranlaßt hat. Es bleibt die op. nov. nunc. gegen den Nachfolger allerdings wirksam, doch hat man einigen Schaden durch den Kostenverlust; s. §. 568.

2. Wirkungen der Nunciationen.

§. 568.

Die nächste rechtliche Wirkung [1]) der Nunciation soll in dem vorläufigen Einhalten des Baues bestehen, ohne Rücksicht darauf, ob der Nunciant Recht oder Unrecht habe. Hierauf muß die Sache sogleich vor Gericht gebracht werden [2]), und der Richter hat, nach Aufgabe und Ableistung des Calumnieneides von Seiten des Nuncianten, eine summarische Untersuchung anzustellen, nach welcher er die Nunciation entweder bestätigt oder aufhebt. Sollte aber binnen drei Monaten das Recht nicht entschieden werden können, so darf der Nunciat, wenn er zuvor die Untersuchung des Rechtes selbst verlangt und eine Caution [3]) gemacht hat, daß er auf einen gegen ihn in der Hauptsache erfolgten Rechtsspruch wieder niederreißen werde, seinen Bau weiter fortsetzen. Nimmt er sich aber heraus, früher weiter zu bauen, bevor diese Caution gemacht ist; so kann er durch ein eigenes, 30 Jahr dauerndes, restitutorisches Edict [4]), welches die Neuern interdictum **demolitorium** nennen, zum Niederreißen des nachher weiter gebaueten Werks [5]) ange=

1) l. 1. pr. l. 8. §. 4. l. 20. pr. §. 1. 3. l. 21. §. 1. D. de op. nov. n. (39. 1.) l. un. C. eod. (8. 11.) l. 7. §. 2. D. quod vi aut clam (43. 24.)

2) Wobei, wenn etwa ein einstweiliges Hinderniß das Vorbringen unmöglich macht, eine Protestation vor Zeugen hinreicht, um nachmals darzuthun, wie weit im Augenblicke der Nunciation das Werk erst vorgerückt gewesen. l. 5. §. 7. D. de op. nov. n. (39. 1.)

3) Diese Caution muß eine wahre satisdatio seyn; nur derjenige, welcher in loco publico bauet, braucht nichts weiter als eine promissorische Caution zu machen. l. 8. §. 2. 3. l. 20. §. 12. 13. D. eod.

4) l. 20. pr. §. 1—8. D. eod.

5) Bloß auf Umreißen dessen, was nach der op. nov. nunc. gebauet ist, geht das Demolitorium. Der Nunciant muß also genau nachweisen, wie weit das opus zur Zeit der Nunciation erst gediehen gewesen ist. l. 8. §. 1. 5. D. eod.

halten werden, wobei es dann auf sein Recht oder Unrecht nicht [1]) ankommt. Dieß Interdict gehet gegen den Nunciaten dahin [2]), daß er das neue Werk auf seine eigenen Kosten niederreiße, aber gegen den Singularsuccessor nur darauf, daß er dieß auf Kosten des Nuncianten vornehme oder geschehen lasse. Außer diesem Interdicte kann man auch das quod vi aut clam gegen den Nunciaten in diesem Falle gebrauchen. — Die Nunciation kommt aber bloß dem Nuncianten, nicht seinen Successoren oder seinem Miteigenthümer zu Gute [3]). Wer im Nunciationsprocesse unterliegt, behält dennoch sein Recht in der Hauptsache, da jener bloß ein Provisorium ist. Die gewöhnliche Klage auf das Recht selbst bleibt, nach wie vor, dem Nunciaten so wie dem Nuncianten [4]). — Durch die Nunciation verliert der Letztere aber den Besitz des bisherigen, dem opus novum vorausgehenden Zustandes [5]). — Eine Ausnahme von der Wirkung der Nunciation, in Rücksicht der Hemmung der Arbeit, tritt da ein, wo Gefahr beim Verzuge der Arbeit seyn würde [6]), z. B. bei Reinigung von Wasserleitungen oder Cloaken, wo offenbar der Nutzen des gemeinen Wesens vorherrschen muß. Auch hierdurch wird aber, wie durch andere Provisorien, das Recht keines der Theile geschmälert.

1) l. 1. §. 7. l. 20. §. 3. 4. D. eod.

2) l. 20. §. 7. l. 22. D. eod.

3) l. 5. §. 6. D. eod. l. 8. §. 7. l. 10. l. 23. D. eod.

4) l. 19. D. eod.

5) l. 1. §. 6. l. 5. §. 10. D. eod. Diese Eigenthümlichkeit scheint sich am leichtesten dadurch zu erklären, daß der Nunciant eben durch seine Nunciation das Besitzfactum des Nunciaten eingestehet.

6) l. 5. §. 11—13. D. eod. l. 3. §. 8. D. de rivis (43. 21.) l. 1. §. 13. D. de cloacis (43. 23.)

3. Erlöschung der Nunciation.

§. 569.

Die Wirkung der Nunciation hört auf: a) wenn der Nunciant sie zurücknimmt oder sich mit dem Nunciaten in Güte abfindet [1]); b) wenn der Erstere stirbt [2]); c) wenn er die Sache, um derentwillen er nunciirte, veräußert [3]), d) wenn der Nunciat die im vorigen Paragraphen erörterte Caution [4]) macht (welche der Nunciant, wenn er im Verlauf der drei zur summarischen Untersuchung gesetzlich freigelassenen Monate sein wirkliches Recht gegen den Nunciaten nicht nachgewiesen hat, annehmen [5]) muß); e) wenn der Fall einer Remission [6]) eintritt. Diese ist ein richterliches Erkenntniß auf Ungültigkeit der Nunciation, namentlich darüber, daß der Nunciant kein Recht habe, den Nunciaten zu hindern [7]), und kann mithin nur aus der gerichtlichen Untersuchung sich ergeben.

1) Durch Uebereinkunft der Parteien kann jedoch die op. novi nunc. nur dann wegfallen, wenn sie nicht einen öffentlichen Vortheil bezweckte, sondern bloß Privatsache war, l. 7. §. 14. D. de pactis (2. 14.) l. 1. §. 10. D. de o. n. n. (39. 1.)

2) l. 8. §. 6. D. eod. Die l. 20. §. 6 D. eod. widerspricht nur scheinbar, indem sie auf den Fall gehet, daß der Nunciant gestorben ist, nachdem dem Gegner das Weiterbauen schon untersagt war; dann hätte der Erblasser das Demolitorium schon erwirken können, und dieses Recht geht dann auf seine Erben über. Huber praelect. ad Dig. Lib. 39. tit. 1. §. 11.

3) l. 8. §. 6. D. cit.

4) l. 5. §. 17. l. 21. §. 1. D. eod. l. un. fin. C. eod. (8. 11.) Sobald diese Caution gemacht ist, bedarf es keiner richterlichen Remission. l. un. §. 2. fin. D. de remiss. (43. 25.) l. 5. l. 8. l. 17. D. de o. n. n. (39. 1.) Merillii obs. lib. 2. c. 20.

5) Wenn der Nunciant nach beschaffter Caution des Nunciaten noch ferner stören sollte: so kann Letzterer ein prohibitorisches Interdict gegen jenen erwirken, der Nunciant mag die Caution angenommen oder widerrechtlich verworfen haben. l. 20. §. 9—16. D. eod.

6) Ueber die Stellung des Titels de remissionibus in den Pandekten (43. 25.) s. Cujacius, Parat. ad Pand. XLIII, 25.

7) l. 1. pr. §. 2. D. de remiss. (43. 25.) l. 1. pr. l. 8. §.

4. Uneigentliche Nunciationen.

§. 570.

Neben der eigentlich Römischen Nunciation finden sich drei Institute, welche im Allgemeinen denselben Zweck verfolgen und irrig Nunciationen genannt sind. Nämlich: a) die Auswirkung eines gerichtlichen Verbots gegen eine neue Anlage [1]) (impeditio per praetorem, auch wohl operis novi nunciatio publica genannt). Sie ist an die Beschränkungen der eigentlichen [2]) Nunciation nicht gebunden, erhält auch dem Kläger den Besitz [3]) des seiner Klage vorhergehenden Zustandes; macht aber nothwendig, daß der Kläger sein Verhinderungsrecht vor Gericht bescheinige, da sonst der Richter keinen Grund hätte, sofort ein Mandat abzulassen. Das Verfahren gewinnt alsdann ganz den Gang einer possessorischen Klage. b) Wenn Jemand auf seinem eigenen Grund und Boden [4]) Neuerungen eines Andern wahrnimmt und sich noch im Besitze des vorherigen Zustandes befindet: so ist ihm auch erlaubt, die Arbeiter zu vertreiben und das neue Werk zu zerstören [5]) (impeditio per manum, auch wohl op. nov. nunc. realis genannt). c) Eine symbolische Nunciation scheint in dem lapilli jactus [6]) zu liegen, wenigstens in den Zeiten des neuern Rechtes. Durch das Hinwerfen eines Steins gegen ein neues Werk auf dem Boden des

1. D. de o. n. n. (39. 1.) Vgl. l. 5. §. 17. D. eod.

1) l. 5. §. 10. D. de op. nov. nunc. (39. 1.)

2) l. 3. §. 1. 2. D. eod. z. B. der Eigenthümer gegen den Miteigenthümer verhindert das neue Werk per praetorem.

3) l. 5. §. 10. D. eod.

4) l. 29. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

5) l. 20. §. 1. D. quod vi aut clam (43. 24.)

6) l. 20. §. 1. D. cit. Im ältern Rechte mag der lapilli jactus, welchen unsere Gesetzstellen bloß als ein Beispiel der Prohibition anführen, weiter nichts als eine für erlaubt angesehene Nothwehr gewesen seyn.

Gegners [1]) protestirt man rechtsgültig gegen dessen Fortsetzung, sofern übrigens klar ist, daß diese symbolische Handlung im einzelnen Falle diesen Sinn gehabt haben soll. Man bleibt dabei im Besitze [2]), d. i. man räumt dem Gegner nichts ein.

B. Wenn die Aenderungen schon erfolgt sind.

§. 571.

Sind Aenderungen mit dem Grund und Boden [3]), welche Jemand beeinträchtigen [4]), schon geschehen (s. §. 566.): so hat der Beeinträchtigte die aus den übrigens vorliegenden Verhältnissen sich ergebenden possessorischen und petitorischen Klagen, und noch das interdictum quod vi aut clam, wenn dessen Erfordernisse vorhanden sind; quod vi, wenn gegen den Widerspruch des Prohibenten vom Gegner offen gehandelt worden [5]); quod clam, wenn die Handlung mit einer Verheimlichung vor dem Prohibenten geschehen ist [6]). Das Interdict hat eine sehr ausgedehnte Wirksamkeit und daneben nur wenige und sehr allgemeine Bedingungen. Um es anzuwenden, muß man zuerst nachweisen, daß etwas Bleibendes an einem öffentlichen [7]) oder privaten Grundstücke [8]) gemacht worden, was früher nicht da war, oder zerstört ist, was vorhanden gewesen [9]).

1) l. 6. §. 1. si serv. vind. (8. 5.) Wenn der Gegner dann dennoch fortbauet: so kann der Prohibent mit dem interdictum unde vi klagen.

2) l. 5. §. 10. D. de o. n. n. (39. 1.)

3) l. 1. §. 4. D. quod vi aut clam (43. 24.) l. 7. §. 5. 10. l. 8—10. D. eod.

4) Ohne Beeinträchtigung Jemandes sind vi und clam gleichgültige Eigenschaften der Handlung und geben das Interdict nicht. l. 7. §. 7. l. 18. pr. l. 22. §. 3. D. eod.

5) l. 1. §. 5—7. D. eod.

6) l. 3. §. 7. 8. D. eod.

7) l. 7. §. 8. D. eod.

8) Ob auf dem Boden des Beeinträchtigten, oder auf fremdem, ist gleichgültig. l. 15. §. 2. l. 20. §. 5. l. 22. §. 4. D. eod.

9) l. 22 §. 3. D. eod.

Uebrigens ist gleichgültig, worin die beeinträchtigende Handlung bestehet, in einer Anlage oder in dem Wegnehmen eines Gegenstandes, in Zerstören, Beschädigen oder dergleichen. Mithin ist hierbei gar kein solches eigentliches opus novum [1]) erforderlich, wie bei der Nunciation (s. §. 567.). Aber auch zur Anwendung des interdictum quod vi aut clam gehört eine am Grund und Boden vorgenommene Veränderung oder doch an solchen Dingen, welche mit Grund und Boden zusammenhängen [2]). — Bei dem Erforderniß einer gewaltthätigen oder heimlichen Handlung nimmt das Röm. Recht vi und clam in einem sehr weiten Sinne. So versteht man unter einer vi geschehenen Handlung auch dasjenige, was bloß gegen das wörtliche Verbot eines Andern, welcher gegen die fragliche Veränderung interessirt ist, gethan worden [3]); und unter einer clam vollführten Handlung verstehet man auch eine solche, bei welcher der Handelnde vernünftiger Weise Widerspruch erwarten mußte, und von der er dessenungeachtet seinen Gegner nicht unterrichtet hat [4]). — Ob vi oder clam gehandelt worden sey, wird bloß nach der Anfangszeit der Handlung beurtheilt, mag auch nachher Gewalt oder Heimlichkeit aufgehört haben. Eine nachmalige Genehmigung des Benach-

1) l. 9. §. 3. l. 22. §. 1. 4. D. eod.

2) l. 1. §. 4. l. 7. §. 5. l. 20. §. 4. D. eod. Das Röm. Recht hat dabei eine zahlreiche Menge Bestimmungen gegeben, was res solo cohaerens sey, was nicht. Z. B. die Ziegel auf einem Dache sollen dazu gehören, während die Früchte eines Baumes nicht dahin gerechnet werden. Es ist hierbei Vieles, was uns bloß positiv scheint, da wir die Geschichte dieser Lehre nicht bis ins Einzelnste kennen. l. 7. §. 5. — l. 11. §. 3 D. eod.

3) S. S. 469. Not. 1. l. 1. §. 5 — 9. l. 20. pr. §. 1. D. eod. l. 73. §. 2. D. de R. J. (50. 17.) Wegen der op. novi nunciatio vgl. l. 5. § 7. l. 7. §. 2. D. de o. n. n. (39. 1.)

4) l. 73. §. 2. cit. l. 3. §. 7. — l. 5. §. 2. D. quod vi aut clam (43. 24.)

theiligten aber hebt diese Fehler auf [1]). — Ob der gewaltthätig oder heimlich Handelnde übrigens zu der Handlung berechtiget ist oder nicht, darauf kommt für die Anwendung des Interdictes quod vi aut clam nichts an [2]). Die Einrede des Beklagten, daß er in Folge eines Rechtes oder daß die klagende Partei zuerst vi oder clam gehandelt habe, wird nicht zugelassen, außer in sehr dringenden Verhältnissen [3]). Auch soll das int. quod vi aut clam nicht wirken, wenn die Umstände, gegen welche es gebraucht wird, im Falle des Verzugs Gefahr drohen [4]), z. B. wenn bei einer Feuersbrunst vi oder clam eine Veränderung vorgenommen wird; — und auch wenn die fehlerhafte Handlung als eine erlaubte Selbsthülfe [5]) des Besitzenden gegen die vom Kläger ausgeübte Besitzstörung angesehen werden kann [6]). — Mit dem Interdicte quod vi aut clam kann Jeder **klagen**, der ein Interesse an der Sache hat [7]). Daher setzt es keineswegs ein Eigenthum oder dingliches Recht voraus, ein persönliches ist schon hinreichend [8]), z. B. vom Pachter kann es angestellt werden. Es kommt auch keineswegs darauf an, daß der Kläger sich im Besitz befinde; mithin ist dieß Interdict an sich kein possessorisches [9]). — **Beklagter** ist zunächst derjenige,

1) l. 3. §. 1. 2. l. 20. §. 2. D. eod.

2) l. 1. §. 2. 3. D. eod.

3) l. 7. §. 3. D. eod., „non aliter nisi ex magna et satis necessaria causa;" nach Ermessen des Gerichts im einzelnen Falle zu bestimmen.

4) l. 7. §. 4. D. eod. l. 3. §. 7. D. de incendio, ruina, naufr. (47. 9.)

5) Wozu aber erfordert wird, daß die Selbsthülfe des Beklagten sich innerhalb seines Grundes und Bodens gehalten hatte.

6) l. 22. §. 2. D. eod. l. 29. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

7) l. 11. §. 10. 14. D. eod.

8) l. 13. pr. l. 16. §. 1. l. 19. D. eod. Daher kann es auch von Mehreren getrennt, wegen einer und derselben Thatsache angestellt werden, wenn sie dabei ein Interesse haben. l. 12. D. eod.

9) l. 16. pr. D. eod. Nur wenn zweifelhaft ist, wer von mehreren Personen das Interdict

welcher die fehlerhafte Handlung selbst oder durch Andere verrichtet hat [1]). Gegen ihn wird aus einer Art Delict geklagt, und deßwegen haften mehrere heimlich oder gewaltthätig Handelnde, welche die That zugleich vornehmen, in solidum. Erben des Thäters sind aber nur soweit verpflichtet, als sie durch die fehlerhafte That des Erblassers sich bereichert finden [2]). — Wenn das Interdict gegen ein vi oder clam verfertigtes Werk angewandt werden soll, so kann man dasselbe gegen jeden Innehaber anstellen [3]); und in dieser Beziehung hat es die Eigenschaft eines Rechtsmittels, welches gegen jeden Besitzer gerichtet ist, mithin auch gegen den fingirten Besitzer [4]). — Der Beklagte, welcher zwar Besitzer, aber nicht Urheber der Neuerung ist, kann bloß darauf belangt werden, zu leiden, daß der vorige Zustand wieder hergestellt werde [5]). — Gegen den Thäter selbst gehet die Klage aber auf Beschaffung der Wiederherstellung selbst oder auf Bezahlung aller Unkosten, welche dadurch veranlaßt werden sollten [6]). Zugleich muß der Thäter auch das ganze Interesse [7]) erstatten, welches dem Kläger seit der fehlerhaften That des Beklagten erwachsen ist; mithin dürfen auch alle entbehrten Früchte verlangt werden. Muß das Interesse taxirt werden, so hat der Do-

anzustellen berechtiget seyn möchte, giebt das Röm. Recht dem Besitzer den Vorzug. l. 11. §. 12. 13. D. eod.

1) l. 5. §. 8. 14. l. 6. l. 13. §. 6. 7. D. eod.

2) l. 15. §. 2. 3. D. eod.

3) l. 15. pr. §. 1. D. eod.

4) l. 15. §. 10. D. eod.

5) l. 7. pr. l. 13. fin. l. 15. §. 1. l. 16. §. 2. D. eod. Woneben dann der Kläger gegen den Thäter selbst das Interdict zur Einklagung der Kosten gebraucht.

6) l. 13. §. 7. l. 16. §. 2. l. 21. §. 3. D. eod.

7) Aber dieß beschränkt sich bloß auf das reine Interesse, und enthält keine Strafe; wenn also der Kläger schon durch eine andere Klage den Schadensersatz erhalten hat: so kann er diesen mit dem Interdicte nicht nochmals fordern; auch werden mehrere Thäter, sobald einer von ihnen bezahlt hat, befreiet. l. 6. l. 15. §. 12. D. eod.

lus des Beklagten zur Folge, daß der Kläger statt anderer Taxation den Werth eidlich erhärten darf [1]). — Die Klage verjährt binnen Jahresfrist von der Vollendung desjenigen Werkes angerechnet, weßwegen geklagt wird; bleibt das Werk aber liegen, so läuft die Verjährung vom Zeitpuncte des Liegenbleibens an [2]).

Zweiter Abschnitt.

Speciellere Delicte.

I. In Rücksicht auf gewisse Klassen von Personen.

§. 572.

Unter denjenigen Vergehen, welche sich nicht wie die des ersten Abschnittes unter allgemeinere Begriffe zusammenfassen lassen, zeichnen sich die Delicte gewisser Klassen von Personen, dann die in Rücksicht auf einzelne Arten von Sachen, ferner die Delicte, welche gewisse Rechtsinstitute betreffen, zunächst aus; es knüpfen sich daran noch zwei andere Gattungen: die Vergehen gegen Sicherheit des öffentlichen Weges, und Delicte, die durch erschwerende Umstände der Begehung sich auszeichnen. So wenig diesen Abtheilungen ein rein wissenschaftliches Princip zum Grunde liegen kann, mögen sie doch dem Gedächtnisse in der großen Stofffülle des Röm. Privatrechts zu Hülfe kommen.

Von den Staatsbeamten haften im Röm. Rechte nur die geringern für jedes Versehen in ihren Dienstge-

1) l. 15. §. 7—9. D. eod. l. 38. §. 11. D. de usur. et fruct. (22. 1.)

2) Aus zureichenden Gründen wird indessen gegen den Ablauf dieses Jahrs leicht Restitution ertheilt. l. 15. §. 3—6. D. eod.

schäften und müssen dabei Arglist und Fahrlässigkeit, namentlich culpa und diligentia prästiren [1]). Den höhern Staatsdienern lag bei den Römern nicht allgemein die Verbindlichkeit zum Schadensersatz ob [2]), wiewohl sie alles Erpreßte herausgeben sollten [3]). Bei uns sind in dieser Rücksicht, der Theorie [4]) nach, die höhern Staatsdiener den niedrigern gleichgestellt. — Der Röm. judex konnte wegen ungerechten Verfahrens im Processe civilrechtlich nicht belangt werden; aber der Prätor giebt gegen ihn eine actio in factum [5]) quasi ex delicto, wenn er dolo oder culpa lata fehlt, und diese Klage geht auf Leistung alles Interesse [6]). In der jurisdictio voluntaria fehlt es,

1) l. 4. D. de mag. conv. (27. 8.) l. 6. D. de adm. rer. ad civ. pertin. (50. 8.)

2) l. 13. D. de peric. rei vend. (18. 6.) vergl. mit l. 1. §. 1. D. de mag. conv. (27. 8.)

3) l. 2. D. de leg. Jul. repetund. (48. 11.)

4) Schilter Ex. ad P. 37, 200. Kind quaest. for. 1, 14.

5) pr. I. de obl. quae quasi ex del. (4. 5.) l. 6. D. de extraord. cogn. (15. 13.) Das Röm. Recht sagt von einem solchen ungerechten Verfahren: judex litem suam facit. l. 15. l. 16. D. de judic. (5. 1.) l 2. C. de poena jud. (7. 49.) Auch nach unsern Reichsgesetzen hat der Benachtheiligte eine Klage gegen den Richter, welcher ungerecht urtheilt, actio syndicatus genannt. R. A. v. 1532. §. 17.; Kammerger. Ord. v. 1555. P. 3. t. 53. §. 5. 6. 10. — Es ist nach den obigen Stellen streitig, welchen Grad der Culpa der ungerechte Richter zu erstatten habe, oder ob er gar nur für den dolus einstehe. Vgl. Weber v. der natürl. Verbindlichk. §. 12. v. Löhr Theor. der Culpa. S. 195 ff. Da der Begriff des litem suam facere von den ältern Röm. Jur. auf dolus beschränkt wird, so kann man die daneben genannte imprudentia nur noch als culpa lata verstehen.

6) Der Richter muß dem Benachtheiligten veram aestimationem litis bezahlen. l. 15. §. 1. D. de judic. (5. 1.) Viele meinen, daß, wenn der Beschädigte hätte appelliren können und nicht appellirt hat, er die Syndicatsklage nicht anstellen könne, da ihm die Einrede eigener Schuld vom Richter (Beklagten) gemacht werden dürfe; allein irrig. Denn Niemand muß appelliren. Eine Analogie bietet der Mündel dar, welcher gegen den Vormund auf Entschädigung klagen kann, ohne zuvor Restitution gegen das ihm schädliche Geschäft zu suchen. Vgl. Strube R. Bed. Thl. 2. Nr. 124. (Spangenberg's Ausgabe 3, 642.)

außer dem einzigen Beispiele eines Versehens des Gerichtes bei Vormundschaften, gänzlich an einer gesetzlichen Bestimmung. Ein allgemeines Princip wird sich aber nur nach Unterscheidung wesentlich verschiedener Verhältnisse aufstellen lassen. Wenn der die freiwillige Gerichtsbarkeit ausübende Beamte die gesetzlich vorgeschriebene Form bei dem Geschäfte versäumte: so ist er für den Schaden zu stehen verbunden, denn die Beobachtung der Form liegt allein ihm ob. Sind ferner die vom Richter bei einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit als wahr bezeugten und mit dem Gepräge des öffentlichen Glaubens versehenen Thatsachen nicht wahr: so haftet er ebenfalls, er müßte denn beweisen können, daß er von der gegen ihn auf Ersatz klagenden Partei bei jenem Acte arglistig oder culpos in einem Grade getäuscht sey, welcher seine Annahme der Wahrheit der Thatsachen entschuldige [1]). Ist endlich ein vom Richter in freiwilliger Gerichtsbarkeit bestätigtes Geschäft materiell ungültig: so kann er, falls ihm bloß die Confirmation zustand, nicht in Anspruch genommen werden; hatte er jedoch auch causae cognitio, so ist er wie ein Vormund der Parteien anzusehen und kann sich auf die Culpa derselben nicht berufen. — Bei den Versehen in Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß der Richter für omnis culpa haften, wenn er Vortheil (Sporteln) von der Handlung hat [2]); sonst nur für culpa

1) Hierbei kann keine Präsumtion für die Richtigkeit der gerichtlichen Handlung in Betracht kommen, da die öffentliche Glaubwürdigkeit der Handlung gerade der Gegenstand ist, welcher vom Richter geleistet werden muß, und weßhalb er mit größter Behutsamkeit zu Werke zu gehen hat.

2) Nicht wegen der Eigenschaft als Staatsdiener, denn diese macht ihm nur dem Staate besonders verpflichtet; noch wegen der Aehnlichkeit mit dem Vormunde, denn bei den Vormundschaften haben die besondern Begünstigungen der Minderjährigen Einfluß.

lata und dolus. Hat einer seiner Untergebenen gefehlt, so haftet er für diesen gar nicht; es sey denn daß er selbst auf die eine oder andere Weise dabei in Culpa sich befindet [1]). — Die Mensoren [2]) haften wegen ihrer Versehen beim Feldmessen wegen dolus und culpa lata. Man sah im Röm. Rechte den Contract mit ihnen, durch welchen ihnen ein Geschäft (Messung) aufgetragen war, nicht als einen gemeinen Miethcontract an; weßhalb der Prätor [3]) eine besondere (dreißigjährige) [4]) actio in factum gegen Alle, welche beim Messen und Rechnen nach wirklich geschehener Vermessung oder Berechnung [5]) eine falsche Angabe machen, alsdann eingeführt hat, wenn keine andere Klage dem Benachtheiligten zum Ersatze seines Schadens offen stehet [6]). — Proxeneten, d. i. Personen, welche ein Gewerbe daraus machen, für Andere Aufträge zu besorgen, besonders auch Etwas zu vermitteln, haften ihrem Principale nicht, wenn derjenige, an welchen sie Namens des Letztern verkauft, oder welchen sie als Schuldner ihres Principals angenommen haben, zur Zeit

1) Leyser med. spec. 680. med. 32—35.

2) Wenngleich die ausübende Feldmessekunst heutzutag ein gemeines Gewerbe ist (worauf sich diejenigen berufen, welche den Messer aus dem Miethcontracte belangt wissen wollen): so hebt dieser Umstand die geschichtlich einmal feststehende und dadurch positive Eigenthümlichkeit der Röm. actio in factum gegen den mensor nicht auf. Es ist daher auch irrig, den Mensor wegen jeder culpa bei uns verantwortlich machen zu wollen. Vergl. v. Glück Pand. 11. §. 765.

3) l. 1. pr. §. 1. D. si mensor falsum (11. 6.) — Es ist gleichgültig, ob der Mensor für seine Arbeit Bezahlung erhält oder nicht.

4) l. 4. D. eod. Jac. Voordae interpr. c. 10.

5) Hat der Mensor gar nicht gemessen oder berechnet, sondern anders geschadet: so muß er mit der actio de dolo belangt werden, l. 1. §. 2. l. 5. pr. D. eod.; welche überhaupt mit der Mensorenklage sehr oft concurrirt.

6) l. 3. §. 2. 3. l. 5. §. 1. D. eod. Sie gebührt übrigens Jedem, der bei der Messung ein Interesse hat. l. 3. §. 1. 4. D. eod.

der zu beschaffenden Leistungen sich insolvent befindet; den Fall des dolus des Proxeneten ausgenommen [1]). — Der Arzt, welcher bei dem Kranken Etwas versichet, kann wegen jeder culpa, sowohl aus der locatio conductio, als mit der Aquilia belangt werden [2]). — Bei einer Verpachtung der Staatsrevenüen soll der publicanus, welcher zuviel erhebt, dasselbe doppelt ersetzen [3]) (was bei uns nicht mehr praktisch seyn kann), und zugleich für seine Leute haften [4]). — Die actio oneris aversi gegen den Schiffer ist nicht praktisch [5]).

II. In Rücksicht auf einzelne Arten von Sachen.

A. Schaden an Bäumen und an Früchten.

§. 573.

Werden Jemandes Bäume heimlich, wenngleich nicht gerade um gestohlen zu werden, abgehauen [6]), so hat der Eigenthümer schon nach den 12 Tafeln die actio arborum furtim caesarum [7]), auf Erstattung des Werths der Bäume, und des sonstigen Interesse, und zwar des letztern auf das Doppelte [8]). Sie hat zwar große Verwandtschaft mit der actio furti; allein ein Diebstahl wird beim Umhauen fremder Bäume nicht immer begangen; daher die act. ar-

1) l. 2. D. de proxen. (50. 14.)

2) §. 7. I. ad l. Aquil. (4. 3.) l. 7. §. 8. l. 8. pr. D. eod. (9. 2.) Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 13—18.

3) l. 1. pr. D. de publican. (39. 4.)

4) l. 1. §. 5. D. eod.

5) l. 31. D. loc. cond. (19. 2.) Cujac. obs. 7, 39. v. Bynkershoek Obs. 8, 3 et 7. Hugo Rechtsgesch. 10. Aufl. S. 868.

6) l. 7. pr. §. 1. D. arb. furt. caes. (47. 7.) Heimlich muß es geschehen seyn. Wären Bäume öffentlich und gewaltsam abgehauen: so wäre das Interdict quod vi anzuwenden. l. 7. pr. l. 8. §. 1. 3. D. eod.

7) l. 1. D. eod.

8) l. 7. §. 7. l. 8. pr. D. eod.

borum furtim caesarum auch dann gegen den Umhauenden eintritt, wenn er die angehauenen Bäume liegen läßt. Hat er sie aber zugleich gestohlen, so findet gegen ihn diese besondre Klage neben der allgemeinen actio furti cumulativ Statt [1]). — Werden Jemandes Früchte durch das auf sein Land hingetriebene fremde Vieh abgefressen, so hat er ebenfalls schon nach den 12 Tafeln eine actio de pastu [2]) gegen den Eigenthümer des Viehes auf Ersatz des Schadens. Diese actio de pastu bildet mit der act. de pauperie (s. unten §. 604.) eine ganz besondre Ausnahme von der Regel, daß ein zufälliger Schaden, welcher Folge einer andern Sache ist, von dem Eigenthümer dieser Sache nicht ersetzt zu werden braucht [3]).

B. Servi corruptio.

§. 574.

Wegen Verführung des Sclaven zu schlechten Eigenschaften oder Handlungen hat der Herr die actio de servo corrupto auf das Doppelte [4]) des Interesse gegen den Verführer, und zwar, des prätorischen Ursprungs ungeachtet, 30 Jahre lang [5]). Sie stehet analog auch dem Vater wegen des verführten Hauskindes zu [6]), sofern sich dabei das Interesse taxiren lassen sollte, was der Richter beurtheilen muß [7]).

1) l. 7. §. 1. l. 8. §. 2. D. eod. l. 32. D. de O. et A. (44. 7.)

2) l. 14. §. 3. D. praescr. verb. (19. 5.) Durch noxae datio wird der Innehaber des Thiers hierbei ebenso frei, wie bei der actio de pauperie; vgl. §. 604. Die actio de pastu ist übrigens nur aus der l. 14. §. 3. D. cit. und aus Paull. rec. sent. Lib. 1. tit. 15. §. 1. bekannt. v. Glück Pand. Bd. 10. §. 692. Seite 275. und 283. Thibaut Versuche üb. einzelne Theile der Theorie d. R. Bd. 2. S. 196 ff.

3) l. 52. §. 2. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

4) l. 1. pr. D. de servo corr. (11. 3.)

5) l. 13. pr. D. eod.

6) l. 14. §. 1. D. eod.

7) l. 14. §. 1. D. cit. „uti-

III. In Rücksicht auf einzelne Rechtsinstitute.

A. Verweigerung eines Precarium [1]).

1. Precarium an sich betrachtet.

§. 575.

Precarium ist der Vertrag, nach welchem der Eine (precario dans) dem Andern (precario accipiens, s. g. Precist) so lange (sey es auf eigentliche Bitten, oder auch mit stillschweigender Einwilligung) [2]) Etwas einräumt, als es dem Geber gefällig seyn wird. Allgemein gehört zum precarium, daß der Bestand des Geschäfts von der Willkür des Gebers abhängt [3]), was schon dann der Fall ist, wenn dem Empfänger weder in Rücksicht der Zeit, noch des Zwecks etwas Gewisses versprochen ist [4]). Sonst kann sich das precarium zu einem anderen Contract gesellen [5]), aber auch selbstständig vorkommen, und ist dann die precäre Ueberlassung einer körperlichen oder unkörperlichen Sache [6]), nur nicht der verbrauchbaren, zu einem unentgeltlichen Ge-

lis competit, officio judicis aestimanda; quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi," — welches interest übrigens lediglich auf Vermögensinteresse gehet.

1) v. Savigny v. Besitz §. 42. Schweppe Rechtsgesch. §. 334.

2) Paull. rec. sent. lib. 5, 6. §. 11. In l. 1. pr. l. 2. §. 3. D. de precar. (43. 26.) liegt kein Widerspruch. S. v. Savigny a. a. O. S. 430.

3) l. 1. pr. §. 2. D. de precario (43. 26.) Die Beendigung des precarii hängt in dem Maße von dem Geber ab, daß selbst wenn ein Termin bei einem übrigens unzweifelhaften precarium für die Rückforderung verabredet worden ist, dieser nicht als beschränkend, sondern bloß etwa als Erinnerung für den Empfänger betrachtet werden soll. Nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. v. Savigny a. a. O. S. 432. Note 2.

4) arg. l 17. §. 3. D commod. (13. 6)

5) l. 4. D. loc. cond (19. 2.)

6) l. 2. §. 3. l. 15. §. 2. D. de precario.

brauche, und zwar mittelst wirklicher Ueberlieferung. Der Empfänger benutzt die Sache, und hat, in Ermangelung näherer Verabredung [1]), sogar den Besitz [2]); doch behält auch der Geber denselben, so daß hier ein Fall der possessio plurium in solidum vorhanden ist [3]). Aufgehoben wird das precarium nicht allein, wenn der Geber es zurücknimmt, sondern auch durch den Tod des Empfängers [4]), aber nicht durch den des Gebers [5]), wenn nicht das precarium ausdrücklich auf den fortdauernden Willen desselben verstellt war [6]), in welchem Falle der Tod des Gebers als Unterbrechung dieses Willens das Ende des Precariums nach sich ziehen muß.

2. Interdictum de precario.

§. 576.

Das precarium ist kein Institut des Civilrechts [7]) und darum stand dem Geber keine Klage aus dem precarium [8]), sondern nur die Eigenthums- und aquilische Klage zu. Da aber diese nicht in allen Fällen ausreichten und keinenfalls die Schnelligkeit eines Mandatsprocesses gewährten: so gab der Prätor auch noch das interdictum de precario wegen verweigerter Zurückgabe und wegen Beschädigung der Sache. Dieß Interdict ist keine Vertrags-, sondern Delictsklage, und findet daher gegen die Erben

1) l. 6. §. 2. l. 15. §. 4. D. eod.

2) l. 4. §. 1. D. eod. v. Savigny v. Besitz. §. 25. S. 302 ff.

3) l. 15. §. 4. D. eod. vgl. mit v. Savigny a. a. O. §. 11. S. 154 ff.

4) l. 12. §. 1. D. eod. l. 11. D. de div. temp. praescr. (44. 3.)

5) l. 8. §. 1. l. 12. §. 1. D. de precario.

6) l. 4. D. loc. cond. (19. 2.) cap. 5. de rescr. in 6to (1. 3.)

7) l. 1. §. 1. D. de precario (43. 26.)

8) l. 14. D. eod. l. 14. §. 11. D. de furtis (47. 2.)

nur in soweit Statt, als sie bereichert sind [1]), dauert aber doch 30 Jahre [2]). Auf Zurückgabe der Sache geht das Interdict ohne Einschränkung auf einen Grad von Schuld des Innehabers des precär gegebenen Gegenstandes; auf Schadensersatz aber nur insofern, als sich der Empfänger eines dolus oder einer culpa lata schuldig gemacht hat [3]), bis auf den Augenblick der geforderten Zurückgabe, von welchem an er wie jeder Säumige haftet [4]). Der Geber hat noch, wie bei jedem Vorbehalt der Zurückgabe (§. 498.), eine actio praescriptis verbis auf Restitution [5]), aber wohl nicht auf Schadensersatz. Bei uns gilt indessen nach allgemeinen Grundsätzen statt des Interdicts und der actio praescriptis verbis eine wahre Vertragsklage auf Zurückgabe und Schadensersatz; was sich indessen von der Theorie über das Interdictum de precario nicht schon, des in Deutscher Praxis anders angesehenen Vertragsfundaments wegen, von den Principen des strengen Röm. Rechts abweichend gestaltet, würde unverändert bleiben [6]).

B. Störung der missio in possessionem.

§. 577.

Ist Jemanden die missio in possessionem zuerkannt [7]), und wird er an der Ergreifung der Detention

1) l. 8. §. 8. D. de precario.

2) l. 8. §. 7. D. eod. Diese 30 Jahr werden gerechnet vom Zeitpuncte der verweigerten Rückgabe an.

3) l. 23. D. de R. J.

4) l. 8. §. 6. D. de precario. l. 14. §. 11. D. de furtis.

5) l. 2. §. 2. l. 19. §. 2. D. de precario.

6) Namentlich kann auch bei uns ein Nebenvertrag über einen Endtermin des precarii, vor welchem es nicht zurückgefordert werden sollte, nicht bindend seyn, weil er den Charakter des Instituts völlig zerstören würde. A. M. ist v. Wening-Ingenheim CivilR. III. B. §. 252. am Ende und Note c.

7) Vergl. §. 189. über die missio in possessionem.

gehindert, oder in der ergriffenen Detention gestört, so kann er, als des juristischen Besitzes ermangelnd, die interdicta unde vi und uti possidetis nicht gebrauchen; hat aber ein prohibitorisches und zugleich restitutorisches [1]) interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est [2]), gegen jeden Störer dieser Art von possessio, sowohl auf Erlangung der Detention als Verhinderung der Störung [3]), und daneben noch eine actio in factum (wenn der Beklagte in dolo [4]) sich befindet) auf Ersatz des Interesse [5]). Der Erbe des Beklagten wird nur, soweit er bereichert ist, verbindlich [6]); außer bei der missio legatorum servandorum causa [7]) und bei der cautio damni infecti [8]), wo der Erbe wie der Erblasser haftet.

C. Störung der Freiheit des Abzugs.

§. 578.

Wird dem Miethsmann einer Wohnung, oder [9]) demjenigen, welchem diese unentgeltlich gestattet war [10]), die Freiheit der Hinwegschaffung seiner Sachen und überhaupt

1) l. 5. §. 27. D. ut in poss. legat. (36. 4.) l. 3. pr. l. 4. pr. §. 1. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. (43. 4.) — l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. D. eod.

2) l. 1. pr. §. 1—3. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. (43. 4.)

3) l. 3. pr. D. eod.

4) l. 1. pr. §. 4. 6. D. eod. In der l. 1. §. 2. D. eod. am Ende, welche wegen falscher Lesart zu widersprechen scheint, ist zu lesen sive dominus sive alter. Edit. Gebauer - Spangenberg ad h. l.

5) l. 1. pr. §. 2. 5. l. 3. §. 2. l. 4. §. 4 D. eod. Aber nie mehr als das volle Interesse. l. 51. §. 1. D. de re jud. (42. 1.), worin das corrumpirte Wort venditor für den hier in Betracht kommenden Sinn nicht schadet. Faber conj. jur. civ. 4, 19.

6) l. 1. §. 8. D. eod.

7) l. 1. §. 8. D. cit.

8) l. 15. §. 36. l. 17. §. 3. D. de damno infecto (39. 2.)

9) l. 1. §. 3. D. de migrando (43. 32.)

10) Aber der Colonus eines fruchttragenden Grundstückes kann sich dieses Interdicts nicht bedienen. l. 1. §. 1. D. eod.

des Abzugs gestört [1]), so steht ihm, wenn er das Miethgeld (bis ganz zu Ende der Miethzeit) bezahlt oder gegen gehörig gemachte Sicherheit creditirt erhalten [2]) hat, das interdictum de migrando zu. Es dauert 30 Jahre [3]).

Wegen des int. de arboribus caedendis und de glande legenda oben §. 229. 259.

IV. In Rücksicht auf die Sicherheit des öffentlichen Weges.

A. Vom effusum und dejectum.

§. 579.

Wird an einem Orte, wo öffentlicher Durchgang ist [4]), aus einem Hause, oder Schiffe [5]), etwas ausgegossen oder ausgeworfen, so findet bei erfolgter Beschädigung, wenn diese sonst zur aquilischen Klage den Beschädigten berechtiget, die Aquilia zwar auch Statt; jedoch meistens vortheilhafter und, im Falle der Nichtanwendbarkeit der Aquilia, allein übrig ist die actio de effusis oder de dejectis quasi ex delicto [6]) gegen den regelmäßigen Bewohner des Hauses oder — sofern der Beklagte nachweiset, daß die Beschädigung aus einem gewissen Zimmer geschah, welches entweder gar nicht oder doch nur zum kleinern Theile von ihm bewohnt wird, — gegen den oder die gewöhnlichen Bewohner eines einzelnen Zimmers [7]), (bei Schiffen gegen

1) l. 1. pr. D. eod.
2) l. 1. §. 1. 4. D. eod. l. 33. l. 34. D. de damno inf. (39. 2.)
3) l. 1. §. 6. D. de migr. (43. 32.)
4) l. 1. §. 2. D. de his, qui effud. vel dejec. (9. 3.)
5) l. 6. §. 3. D. eod.
6) §. 1. I. de oblig. quae quasi ex del. (4. 5.)
7) Gäste haften nicht. l. 1. §. 9. l. 5. pr. §. 1. 3. D. de his, qui effud. vel dej. (9. 3.)

den magister)[1]. Sind der Beklagten mehrere, so haften sie in solidum, jedoch befreit die Zahlung des einen den andern[2]. Bei Tödtung eines freien Menschen ist die Klage eine popularis auf 50 aurei; außerdem stellt sie der Beschädigte, bei Verwundungen seiner Person, auf ein richterlich zu bestimmendes Quantum und, bei einem Schaden an Sachen, auf das Doppelte an[3]. Die Klage dauert, insofern sie popularis ist, ein Jahr; außerdem 30 Jahre[4]. Eine Einrede ist die vorgängige Warnung[5] (proclamare, ut casus evitari possit), auf welche der Beschädigte nicht gehört habe. — Der Bewohner des Hauses, welcher nicht wegen eigener Widerrechtlichkeit hat bezahlen müssen, kann gegen den Thäter auf das Ganze[6], und gegen die Mitbewohner auf ihren Antheil den Regreß nehmen[7].

B. Vom positum und suspensum.

§. 580.

Eine Klage auf reine Strafe ist die actio de posito et suspenso, auch wenn der Beklagte durch seine Vorrichtung noch gar nicht geschadet haben sollte. — Wird nämlich in einer Gegend, wo öffentlicher Weg durchgeht, an einem Gebäude etwas so aufgestellt, oder aufgehängt, daß es herunter fallen und schaden kann, so findet eine Popularklage de posito oder suspenso, quasi ex delicto[8] auf

1) l. 6. §. 3. D. eod.
2) l. 1. §. 10. l. 2. l. 3. D. eod.
3) §. 1. I. de oblig. quae quasi ex del.
4) l. 5. §. 5. D. de his, qui effud. v. dej. Gegen die Erben ist sie nicht gegeben.
5) §. 5. I. de lege Aq. (4.3)
6) l. 5. §. 4. D. de his, qui eff. v. dej.
7) l. 4. D. eod.
8) §. 1. I. de obligat. quae quasi ex del. (4 5.), von den Worten an: cui similis est is, qui etc.

eine Summe von 10 aurei gegen den Bewohner des Hauses Statt, welcher selbst aufstellte oder doch die Aufstellung erfuhr [1]). Ist die Sache herunter gefallen, so findet nicht mehr diese Klage, wohl aber, wenn Schaden entstanden ist, die actio de dejectis gegen den Bewohner [2]), oder die aquilische Klage gegen den Thäter (qui posuit) Statt [3]).

C. Von dem Halten gefährlicher Thiere.

§. 581.

Hält Jemand in der Nähe eines gangbaren Weges ein gefährliches Thier, z. B. einen Hund, Eber, Bären, Löwen, und richtet dieses Thier einen Schaden an, so findet nach dem Edict der Aedilen bei Tödtung eines freien Menschen eine Popularklage [4]) auf 200 aurei gegen den Eigenthümer Statt; außerdem stellt sie der Beschädigte bei Verwundungen seiner Person auf ein richterlich zu bestimmendes Quantum, bei einem Schaden an Sachen auf das Doppelte an [5]).

V. In Rücksicht der erschwerenden Umstände der Begehung.

§. 582.

Ist durch Jemandes Schuld ein Auflauf (turba) [6]) entstanden [7]), und dabei dolo malo Schaden geschehen [8]),

1) l. 5. §. 6 — 13. D. de his, qui effud. v. dej. (9. 3.)
2) l. 1. §. 3. D. eod.
3) l. 5. §. 10. 12. D. eod. Vgl. Glück's Pand. B. 10. §. 710. S. 403 — 409.
4) Eine Popularklage darf man annehmen, da nirgend gesagt ist, wer der Kläger seyn sollte.
5) l. 40. §. 1. l. 41. l. 42. l. D. de aed. edicto (21. 1.) §. 1. I. si quadrup. (4. 9.)
6) Hierzu gehören aber wenigstens zehn Menschen. l. 4. §. 3. D. de vi bon. rapt. (47. 8.)
7) l. 4. §. 3. D cit.
8) l. 4. §. 3 — 14. D. eod.

so kann sich der Beschädigte an den Thäter [1]), an denjenigen, welcher zu der Handlung verleitete [2]), und an den Urheber des Auflaufs halten, gesetzt auch, daß die Absicht des Letzten nicht geradezu auf Erregung des Auflaufs gerichtet war [3]). Die Klage (in factum) geht auf Schadensersatz (aber nur veram aestimationem, nicht das Interesse), innerhalb eines Jahres auf das Doppelte, nachher auf das Einfache [4]). — Wegen Raubes, Diebstahls und absichtlicher Verletzung einer fremden Sache zur Zeit eines öffentlichen Unglücksfalles oder der Noth, d. h. eines Brandes, Einsturzes, Schiffbruchs und Angriff auf ein Schiff, findet gegen den Thäter innerhalb eines Jahres eine prätorische Klage in factum auf das Vierfache, nachher auf das Einfache Statt [5]). Wer aber aus einem Schiffbruche Etwas entwendet hat, muß noch eben soviel, wie er dem Beeinträchtigten entrichten muß, an den Fiscus als Strafe [6]) bezahlen.

Dritter Abschnitt.

Vom Vergehen in Bezug auf Beerdigungen.

§. 582. a.

In Beziehung auf Begräbniß und Beerdigung finden wir im Röm. Rechte drei verschiedene Institute, welche von einander gesondert zu behandeln sind. A. Das interdictum de mortuo inferendo. Wer gehindert wird, einen

1) l. 4. §. 4. D. eod.
2) l. 4. §. 5. D. eod.
3) l. 4. §. 6. D. eod.
4) l. 4. pr. §. 7. 8. 11. D. eod.
5) l. 1. pr. §. 2. — l. 3. §. 1. l. 3. §. 7. l. 5. D. de incend., ruina, naufr. (47. 9.)
6) l. 3. §. fin. D. eod. l. 18. C. de furtis et servo corr. (6. 2.)

Todten, mit dessen Begräbniß er beschäftiget ist, an einem gewissen Orte zu beerdigen, kann zwar den Todten an einem andern Orte begraben und dann die actio in factum (die aber von beiden Theilen nicht auf die Erben übergehet) auf Schadensersatz gegen den Thäter gebrauchen; er kann sich aber auch dieses Interdictes bedienen [1]), um sofort die Störung beseitigt zu sehen, sofern er bescheinigt, daß er ein Recht habe, den Todten an diesem Orte zu beerdigen. Aber dieses Interdictes soll sich auch ohne ein solches Recht der Eigenthümer gegen den Nutznießer des Grundstückes, wo jener begraben will, und der Gesellschafter gegen den Mitgesellschafter in Rücksicht eines ihnen gemeinschaftlichen Grundstückes bedienen dürfen [2]). — B. Das interdictum de sepulcro aedificando [3]). Wird Jemand an Bau oder Ausbesserung eines Grabmals oder Leichengewölbes, an dessen Bau er ein Recht hat, gestört: so kann er durch dieß Interdict gegen den Störer verfahren, falls er das Recht zum Baue bescheinigen kann [4]). — C. Die actio sepulcri violati. Neben den criminalrechtlichen Bestimmungen gegen den Verletzer eines Grabmales, giebt das Röm. Recht auch eine private Pönalklage, die act. sepulcri violati gegen denselben, und zwar in folgenden drei Fällen: a) Wenn die Grabstelle selbst beschädiget worden ist, so hat der Eigenthümer derselben die Klage sepulcri violati auf eine Strafe, welche das Ermessen des Richters (jedoch nicht unter 100 aurei) bestimmen soll [5]). Im Falle der Eigenthümer nicht klagen will, soll die Klage auf 100 aurei

1) l. 8. §. 5. l. 9. D. de religiosis (11. 7.) l. 1. pr. §. 4. 5. D. de mort. infer. (11. 8.)

2) l. 43. D. de religios. (11. 7.)

3) Unter dem aedificare ist hier auch das Ausbessern verstanden. l. 1. §. 5. D. de mortuo inferendo (11. 8.)

4) l. 1. §. 5—10. D. eod.

5) l. 3. pr. §. 8. D. de sepulcro violat. (47. 12.)

Strafe jedem Andern frei stehen. — Für Beschädigung eines Grabmals wird es aber auch gehalten, wenn Jemand einen Todten da begräbt, wo er ihn nicht begraben durfte [1]. b) Wenn Jemand ein Grabmal bewohnt oder auf dessen Stätte ein Haus zu einem andern Zwecke, als den des Grabmals, erbaut: so findet gegen ihn eine Popularklage, sepulcri violati, auf 200 aurei Strafe Statt [2]. — c) Auch wird die Klage des verletzten Grabmals dem Fiskus gegeben gegen denjenigen, der einen Todten an einem nicht zu dem Begräbnisse bestimmten Orte in der Stadt begräbt; sie geht auf 40 aurei Strafe [3]. Sie steht auch gegen die Magistratspersonen zu, welche diesen Unfug gelitten haben, und hat außerdem zur Folge, daß ein zum Begräbnisse gebrauchter Privatplatz von da an zum öffentlichen Stadteigenthume geschlagen wird, der Leichnam aber an den gebührenden Ort versetzt werden muß. — Die actio sepulcri violati infamirt [4] und setzt immer dolus voraus [5].

Vierter Abschnitt.

Von Vergehen in Bezug auf einen Proceß.

§. 583.

Wenn Jemand dolose einen Vermögensvortheil genommen hat, um einen Andern zu verklagen, ohne daß ein Recht dazu vorhanden ist, oder ihn ungeachtet eines vorhandenen Rechtes nicht zu verklagen: so wird diese schlechte

1) l. 3. §. 3. D. eod.

2) l. 3. pr. §. 6. 12. D. eod.

3) l. 3. §. 5. D. eod. l. 12. C. de relig. et sumpt. fun. (3. 44.)

4) l. 1. D. de sepulcr. viol. (47. 12.)

5) l. 3. §. 1. D. eod. Es muß gelesen werden: „si igitur dolus absit, cessabit edictum. Personae igitur doli non capaces“ etc.

Handlungsweise von den Römern unter dem Namen calumnia begriffen [1]). Wer zu einer solchen Absicht (gleichgültig ob und wie sie ausgeführt wurde) [2]) Etwas an Geld oder Geldeswerth auf diese Weise angenommen hat, kann auf das Vierfache des Empfangenen innerhalb eines Jahrs, nachher auf den einfachen Ersatz verklagt werden [3]). Es kommt im Wesentlichen darauf an, daß der Empfänger calumniose den Vortheil nahm, also mit der Ueberzeugung von der Unrechtlichkeit der Annahme; ist aber mittelst Vergleichs eine gedrohete Klage abgewandt, so findet diese Klage nicht Statt [4]). — Die Klage gebührt demjenigen, gegen welchen der calumniator hat klagen wollen. Gegen den Geber hat der Bedrohte auch noch die Injurienklage. — Gab Jemand zum Zwecke der Abwehr einer Klage, die einem Dritten drohete: so kann er, der unschuldige Geber selbst, gegen den calumniator eine condictio ob turpem causam auf Zurückgabe des Gegebenen [5]) klagen. — Die actio in factum de calumnia gehet übrigens weder activ noch passiv auf die Erben über [6]); und das Jahr, in welchem man das Vierfache fordern kann, wird, wenn nicht geklagt werden sollte, vom Zeitpuncte des Gebens, — wenn aber geklagt werden sollte, von der Zeit an, in welcher der Bedrohete dieß erfahren hat, berechnet [7]). — Bloß auf den Römischen Proceß beziehen sich: 1) die Klage über Ungehorsam des Beklagten gegen die in jus vocatio [8]); 2) die Klage über gewaltsame Befreiung des in jus vocirten Be-

1) Brissonius de V. S. voc. calumnia.

2) Bloße Drohung reicht hin. l. 1. §. 1. 4. l. 2. 3. pr. §. 1. D. de calumn. (3. 6.)

3) l. 1. pr. D. eod. Die Klage heißt actio in factum de calumnia. §. 25. I. de act. (4. 6)

4) l. 1. §. 3. D. eod.

5) l. 7. pr. D. eod.

6) l. 4. pr. D. eod.

7) l. 1. pr. l. 6. D. eod.

8) Gajus IV. 46. Tit. D. si quis in jus vocatus non ierit. (2. 5.)

klagten [1]); 3) die Klage der von einem Dritten an Erscheinung im Gericht gehinderten Partei [2]); 4) der Anspruch des Beklagten auf dreifachen Ersatz dessen, was er wegen zu hoher Angabe der Schuld im Libell an Sporteln zu viel bezahlt hat [3]); 5) die Popularklage wegen Widersetzlichkeit gegen die vollstreckende Verfügung eines höheren magistratus [4]).

Fünfter Abschnitt.

Von Vergehen in Bezug auf öffentliche Gegenstände.

I. Mit einer Klage für Einzelne.

§. 584.

Von den Vergehen in Bezug auf öffentliche Gegenstände, welche aber doch privatrechtliche Folgen haben, begründet eine Klage für das dadurch betroffene Individuum a) die Störung in der Pachtung eines öffentlichen Platzes [5]). Weil der Pachter kein dingliches Recht hat, sondern sich an seinen Verpachter halten muß, dieß aber bei öffentlichen Pachtungen Weitläuftigkeiten machen würde, so ist dem Pachter öffentlicher Grundstücke ein interdictum de loco publico fruendo gegen den Störer gegeben [6]). — b) Störung in der Ausbesserung eines öf-

1) Tit. D. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. (2. 7.)

2) Tit. D. de eo, per quem factum, quo minus quis in judicio sistat. (2. 10.)

3) §. 24. I. de actionibus (4. 6.)

4) Tit. D. si quis jus dicenti non obtemperaverit. (2. 3.) Cujacii obs. lib. 24. c. 25. Noodt ad Pand. lib. 2. tit. 3.

5) Tit. D. de loco publ. fruendo (43. 9.)

6) l. 1. §. 7. D. ut in flum. publ. (43. 14.) l. 13. §. 7. D. de injur. (47. 10.)

fentlichen Weges [1]). Da der Eigenthümer eines Grundstückes für die Reparatur des öffentlichen Weges sorgen soll, soweit dieser an seinem Grund und Boden vorbeiläuft [2]): so ist ihm ein prohibitorisches Edict gegen Störungen bei der Ausbesserung des Weges gegeben [3]). — c) Störung in der Schifffahrt auf einem öffentlichen Flusse [4]). Gegen Anlagen, welche die Schifffahrt auf einem öffentlichen Flusse erschweren würden, findet ein prohibitorisches und, falls sie schon gemacht sind, ein restitutorisches Interdict Statt [5]), das ausdehnungsweise auch beim Meere gilt [6]). Es kann von diesen Interdicten sogar bei nicht schiffbaren Flüssen gegen Anlagen Gebrauch gemacht werden, welche die Quantität des Wassers verringern [7]). Das restitutorische Interdict geht nicht gegen den Thäter, sondern gegen den Besitzer [8]), und es soll dagegen die Einrede der nothwendigen Verbesserung des Ufers nicht, sondern bloß die der gesetzlich erlaubten Verbesserung gehört werden [9]). — Ein besonderes Interdict ist aber noch das zum Schutze der ungehinderten Fahrt auf dem öffentlichen Strome, ut in flumine publico navigare liceat, gegen den, welcher Jemand von der freien Schifffahrt ausschließen will [10]); ausgedehnt auf Seen und Canäle. Seltsamer Weise ist das Interdict auch demjenigen gegeben, der sein Vieh zur Tränke in den Fluß zu treiben verhindert wird [11]). — d) Störung in dem Uferbau am öffent-

1) Tit. D. de via publ. et itin. publ. ref. (43. 11.)
2) l. un. §. 3. D. de via publ. et siquid. (43. 10.)
3) l. 1. pr. §. 1 — 3. D. de via publ. et itin. (43. 11.)
4) Tit. D. ut in flumine publ. navigare liceat. (43. 14.)
5) l. 1. pr. §. 19. 20. D. de fluminib. ne quid in flum. publ. (43. 12.) —
6) l. 1. §. 17. D. eod.
7) l. 1. §. 12. 18. D. eod.
8) l. 1. §. 22. D. eod.
9) l. 1. §. 16. D. eod.
10) l. un. pr. D. ut in flum. publ. navig. lic. (43. 14.)
11) l. un. §. 8. D. eod.

lichen Flusse[1]. Dieß interdictum de ripa muniendа steht demjenigen zu, welcher das Ufer des Stroms ausbessern will und seinen Stromnachbaren auf 10 Jahre eine cautio damni infecti gemacht hat, dann aber an der Ausbesserung gestört wird[2]. — e) Störung in Benutzung der aqua ex castello[3]) d. i. aus einer Cisterne, einem Wasserbehälter. Dieß prohibitorische Interdict war kein possessorisches, sondern mußte sich jedesmal auf die dem Kläger gegebene besondre landsherrliche Verleihung stützen[4].

II. Mit einer Popularklage.

§. 585.

Wenngleich die Popularklagen nach Einrichtung des jetzigen Polizei- und Criminalrechts wenig praktisches Interesse haben, verdienen sie doch theils zum Verständniß des justinianischen Rechtsbuchs, theils wegen sonstiger Anwendung der dabei geltenden Grundsätze in Betracht zu kommen. Eine Popularklage begründen a) das album corruptum[5]) oder die dolose Wegnahme, Verfälschung oder Verderbung einer öffentlich angeschlagenen Justizverordnung von allgemeiner und dauernder Gültigkeit. b) Eingriffe in einen von Priestern unter öffentlicher Autorität zum Gottesdienst geweiheten Ort (locus sacer)[6]); das Interdict

1) Tit. D. de ripa munienda (43. 15.)

2) l. un. §. 3. 4. D. eod.

3) l. 1. §. 38. D. de aq. quot. et aest. (43. 20.)

4) l. 1. §. 38 — 45. D. eod.

5) l. 7. pr. D. de jurisd. (2 1.) Die Strafe ging auf 400 aureos. l. 7. §. 1. — l. 9. D. eod.

6) Tit. D. ne quid in loco sacro fiat. (43. 6.) l. 9. pr. §. 2. D. de divis. rer. (1. 8.) Bei uns würden nur Kirchen und etwa katholische Kirchhöfe dahin zu rechnen seyn. Bei rebus sanctis wurde es ausdehnungsweise gebraucht. l. 2. D. ne quid in loco sacro (43. 6.)

geht sowohl gegen Verunzierungen des Ortes, als Störungen des Gebrauches, und ist nicht bloß prohibitorisch, sondern auch restitutorisch [1]). — c) Errichtung von Anlagen, und sonstige Hinderung, durch welche der Gebrauch öffentlicher Plätze und Wege leidet [2]), kann durch dreierlei Interdicte mit einer Popularklage abgestellt werden: erstens durch ein prohibitorisches Interdict gegen denjenigen, welcher auf ländlichen [3]) öffentlichen Gemeindewegen Etwas vornimmt, wodurch diese verschlechtert werden (eine besondre Anlage oder irgend eine Handlung) [4]); zweitens durch ein restitutorisches, auf dieselben Verhältnisse [5]) anwendbares Interdict, das aber nicht gegen den Thäter [6]), sondern gegen den Besitzer und selbst gegen den fingirten Besitzer gehet, auf das Dulden der Wegräumung oder Wiederherstellung [7]); drittens durch ein anderes prohibitorisches Interdict, welches gegen diejenigen gerichtet ist, die auf irgend eine andre Weise, als durch die eben erwähnte Wegeverschlechterung Jemand am Gebrauche des öffentlichen Wegs hindern [8]). Wer aber bei Reparatur eines öffentlichen Weges [9]) das Privatgrundstück Jemandes schmälert, kann von diesem (also nicht mit einer Popularklage) auf das volle Interesse mit der actio viae receptae belangt werden [10]). d) Gegen die Errichtung von Anlagen, durch

1) l. 2. §. 19. D. ne quid in loco publ. (43. 8.)

2) l. 2 §. 20. D. ne quid in loco publico v. itinere fiat. (43. 8.)

3) Nicht in den Städten anzuwenden. l. 2 §. 23. 24 D. eod.

4) l. 2. §. 20. 26—36. D. eod.

5) l. 2. §. 35 36. D. eod.

6) Nur wenn kein Besitzer da ist, kann man es auch gegen den Thäter richten. Ist der Besitzer aber zugleich der Thäter: so geht es gegen ihn auf Restitution und Leistung alles Interesse.

7) l. 2. §. 37—44. D. eod.

8) l. 2 §. 45. D. eod.

9) Diese Beschränkung scheint die Stellung der l. 3. pr. D. de via publ. (43 11.) zu fordern.

10) l. 3. pr. D. cit. v. Glück's Pand. B. 10. §. 718. S. 448.

welche der Lauf eines öffentlichen schiffbaren oder nicht schiffbaren [1]) Flusses geändert [2]) wird, gilt ein prohibitorisches und ein restitutorisches Interdict [3]), dessen Anhalten der Zustand im vorigen Sommer ist, gerichtet gegen den Thäter und dessen Erben, nicht gegen den Besitzer [4]). Die Einrede eines eigenen (dann nach Maßgabe der Wichtigkeit vom Richter zu ermessenden) Schadens des Thäters muß gehört werden gegen dieß Interdict [5]). e) Die Gefangenhaltung eines freien Menschen endlich war durch das Interdict de libero homine exhibendo abzustellen [6]).

III. Mit der poena commissi.

§. 586.

Wird der einer Waare aufliegende Zoll nicht entrichtet, so mußte er dem Fiscus, oder dem Pachter [7]) dieser öffentlichen Gefälle (publicanus) im Falle der Nachläßigkeit, welche von der Absicht zu defraudiren frei ist, doppelt erlegt werden [8]); während bei einer absichtlichen Nichtentrichtung das Eigenthum der Waare und des Fahrzeugs [9]) dem Fiscus, oder publicanus von selbst verfiel [10]), sofern dieses Recht von den Berechtigten binnen 5 Jahren geltend gemacht wurde [11]). Unbekanntschaft mit den Zollgesetzen

1) l. 1. §. 2. D. ne quid in fl. publ. f., quo aliter (43. 13.)

2) Tit. D. ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priori aestate fluxit. (43. 13.) Die Verringerung der Wasserquantität ist hierbei nicht in Betracht gezogen. l. 1. §. 3 8. D. eod.

3) l. 1. pr. §. 11. 12. D. eod.

4) l. 1. §. 9. 10. D. eod. In §. 9. lese man qui id egit, statt deneget.

5) l. 1. §. 6. 7. D. eod.

6) Tit. D. de libero homine exhib. (43. 29.)

7) l. 14. l. 16. §. 10. D. de publicanis (39. 4.)

8) l. 16. §. 10. D. eod.

9) l. 11. §. 2. D. eod.

10) l. 14. D. eod.

11) l. 2. C. de vectigal. (4. 61.)

gab keine Entschuldigung ab [1]); die Strafen fielen aber in folgenden drei Fällen weg: a) für den Eigenthümer oder Miteigenthümer der Waare, wenn der andere Miteigenthümer, der Fuhrmann oder der Schiffer ohne Auftrag des Erstern defraudirte [2]); b) für Soldaten, welche sich der Defraudation schuldig machten [3]); c) für Unmündige und Minderjährige, welche den Zoll aus Nachlässigkeit nicht entrichteten [4]), denn geschah es absichtlich, so wurde nicht der mündige Minderjährige, sondern nur der Unmündige, und nur wenn er in 30 Tagen den defraudirten Zoll nachzahlte, mit der Strafe verschont [5]). — In Deutschland kommen obige Grundsätze [6]) hin und wieder wohl noch analog in Betracht; aber da jeder Deutsche Staat seine besondern Zollgesetze gegeben, oder doch den Römischen beträchtliche Veränderungen zugefügt hat, so ist stets nur auf die Particulargesetzgebung zu sehen.

C.

Vermischte Fälle.

§. 587.

Freilich sehr unlogisch, aber der Mannigfaltigkeit und Verwickelung der Verhältnisse des gemeinen Lebens angemessen sind die dritte Quelle der Obligationen: die vermischten Fälle (variae causarum figurae), wenn der Fall weder eigentlich zu den Verträgen, noch eigentlich zu

1) l. 16. §. 5. 6. D. de public. (4. 4.)
2) l. 8. §. 1. l. 11. §. 2. l. 16. §. 11. D. eod.
3) l. 3. C. de vectig.
4) l. 9. §. 5. D. de minor. (4. 4.)
5) l. 7. §. 1. D. de public.
6) Vgl. übrigens Schilteri Ex. ad P. ex. 42. §. 60. Stryk U. M. P. XXXIX. 4. §. 17.

den Vergehen gehört. Indessen werden mehrere dieser Entstehungsarten obligatorischer Verhältnisse vom Röm. Rechte als Analoga der Verträge (quasi ex contractu), andere als Analoga der Delicte (quasi ex delicto) betrachtet; neben denen zwar immer noch wieder eine nicht weiter zu charakterisirende Ergänzungsklasse bestehet. — Liegt den Obligationen, deren Entstehungsart zu den vermischten Fällen gezählt wird, eine Handlung des Verpflichteten zum Grunde, so muß er, um sich haftend zu machen, zur Zeit dieser Handlung persönlich fähig seyn, sich zu verbinden; sonst giebt er nur heraus, was er in den Händen hat [1]). Entsteht aber die Obligation ohne Handlung des Verpflichteten, so sind seine persönlichen Eigenschaften gleichgültig [2]); indessen werden doch Unmündige auch durch die Handlung eines Anderen bloß in sofern verpflichtet, als sie aus dieser Handlung bereichert sind [3]). — Die Obligationen quasi ex contractu richten sich materiell nach den bei den Contracten feststehenden Grundsätzen, so wie die quasi ex delicto nach den bei den Vergehungen aufgestellten Lehren; weßhalb die Erwähnung dieser beiden Beziehungen bei jedem einzelnen Falle, wo sie mit Sicherheit geschehen kann, für die Methode vortheilhaft ist.

I. Von der negotiorum gestio.

A. Begriff.

§. 588.

Die negotiorum gestio gehet nach der Analogie der Contracte (quasi ex contractu) und nähert sich in den

1) l. 3. §. 4. D. de neg. gest. (3. 5.)
2) l. 3. §. 5. D. eod.
3) l. 5. pr. D. de auct. tut. (26. 8.) l. 2. C. de neg. gest. (2. 19.)

Grundsätzen der Lehre vom Mandate. Sie ist im Allgemeinen die absichtliche Besorgung der Geschäfte eines Andern ohne dessen Auftrag, als fremder Geschäfte. Zunächst ist zum Daseyn der negotia gesta erforderlich, daß der Handelnde (negotiorum gestor) fremde Angelegenheiten besorgt. Betreibt er eigene, sie für fremde haltend: so ist keine negotiorum gestio vorhanden [1]). Sodann muß der Geschäftsführer ohne Auftrag [2]) gehandelt haben, wenn er als negotiorum gestor angesehen werden soll. Hat er vom Principale der Sache einen Auftrag erhalten, der jedoch nicht gültig ist, und handelt nun für ihn: so ist das Geschäft als unaufgetragen [3]), negotia gesta, anzusehen. Hat ein Dritter, ohne dazu einen Auftrag vom Principale der Sache zu haben, Jemand beauftragt, diese zu besorgen: so ist der Besorgende als Mandatar in Rücksicht des Dritten und als negotiorum gestor in Rücksicht des Principales [4]) anzusehen; und diesem Geschäftsherrn haftet dann

1) l. 6. §. 4. D. de negotiis gestis (3. 5.) Hat der gestor seine eigenen und fremden Geschäfte zusammen betrieben: so kann der Andere nur mit den Theilungsklagen oder auch mit der actio pro socio gegen den Betreibenden verfahren, sofern das Geschäft untheilbar war, l. 25. §. 16. D. famil. hercisc. (10. 2.) l. 6. §. 2. D. comm. div. (10. 3.); wiewohl der Geschäftsführer dann die Wahl hat, ob er seinerseits diese Klagen oder ob er die actio negotiorum gestorum contraria gebrauchen will, l. 31. §. 7. D. de neg. gest. (3. 5.) l. 78. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 3. C. de negot. gest. (2. 19.) l. 18. §. 1. C. fam. hercisc. (3. 36.) Ist das Geschäft aber theilbar, und hätte der Interessent mithin seinen Theil allein besorgen können: so findet die act. neg. gest. wegen des Theils der Geschäfte Statt, welcher dem gestor fremd ist, l. 40. D. neg. gest. (3. 5.) l. 6. §. 2. fin. D. comm. div. (10. 3.) l. 41. D. de reb. credit. (12. 1.) von den Worten an „earum autem" etc. — Diese Unterscheidungen sind wegen der verschiedenen Grade von Culpa wichtig, welche bei diesen Klagen in Betracht kommen können. Vgl. Vinnius sel. quaest. Lib. 1. c. 38.

2) §. 1. I. de obl. q. q. ex contr. (3. 28.)

3) l 5. pr. l. 19. §. 2. D. de neg. gest. (3 5.)

4) l. 3. §. 11. l. 6. §. 4. D. eod. l. 4. l. 14. C. eod. (2. 19.)

auch jener Dritte [1]) als gestor. — Eine nachmalige Genehmigung der unaufgetragenen Geschäftsführung von Seiten des Geschäftsherrn (Ratihabition) macht die vorher geschehenen negotia gesta nicht gänzlich zu einem mandatum [2]). — Der gestor muß stets eine Person seyn, welche sich durch ihre Handlungen verpflichten kann; sonst giebt er nur dasjenige heraus, um was er durch das Geschäft reicher geworden ist, wenngleich dem dispositionsunfähigen gestor, falls er eine Klage gegen den Geschäftsherrn aus der negotiorum gestio, mit welcher er demselben schadete, geltend macht, die Einrede der Compensation gültig entgegengestellt werden kann [3]). — Geschäftsherr kann Jeder seyn, er mag sich verpflichten können oder nicht [4]). — Die Besorgung mehrerer Geschäfte für einen Andern, welche gleich in der Absicht, diese mehreren oder in ein Ganzes zusammengefaßten Geschäfte zu führen, übernommen wurden, — wird als Veranlassung nur einer obligatio quasi ex contractu betrachtet. Wenn dagegen der Geschäftsführer nach Beendigung des ersten Geschäftes nichts weiter hatte führen wollen, als dieß (ut finito eo discederet), und sich dann doch noch zu einem folgenden Geschäfte, und so weiter, entschloß: so sind mehrere getrennte negotia anzunehmen [5]) und verschiedene Obligationen daraus entstanden.

Cujac. ad Papin. quaest. lib. 9. in expl. l. 53. mandati. (Opp. T. 4, p. 207.) Thibaut civil. Abhandl. Num. 20.

1) l. 21. §. 3. l. 28. D. eod.

2) S. §. 591.

3) l. 3. §. 4. D. de neg. gest. (3 5)

4) l. 3. §. 5 D. eod.

5) l. 15. l. 16. D. eod.

B. Folgen.

1. Verbindlichkeit des gestor.

§. 589.

Die Folgen der negotiorum gestio bestehen in einer Verbindlichkeit des gestor und des dominus, in Folge einer zur rechtlichen Gültigkeit gediehenen Billigkeit, welche gleichsam ein vertragsähnliches Band zwischen beiden Personen voraussetzt [1]). Der Geschäftsführer ist verpflichtet: A. das einmal Uebernommene bis zu Ende durchzuführen [2]), kann aber nicht genöthiget werden, etwas davon Trennbares zu besorgen [3]), vorausgesetzt, daß er keinen Andern, welcher seine Dienste soweit würde ausgedehnt haben, von dem Geschäfte verdrängte [4]); B. Alles mit Accessionen und Früchten [5]) herauszugeben, was bei Gelegenheit der Geschäftsführung in seine Hände gekommen ist [6]); C. in gewissen Fällen dem Geschäftsherrn Zinsen zu vergüten, und zwar a) die höchsten Zinsen, d. h. vor Justinian 12 p. C., wenn der gestor Gelder des Geschäftsherrn zu eigenem Vortheil unredlich benutzte [7]); b) die in seiner Rechnung über die Administration, als schuldig geworden, angesetzten Zinsen, wenn er sich Gelder auf eine redliche Weise zuschrieb [8]); c) die landesüblichen Zinsen, wenn er Gelder von sich selbst [9]) nicht einkassirte oder wenn er vorräthige

1) §. 1. I. de oblig. quae quasi ex contr. nasc. (3 28.)
2) l. 21. §. 2. l. 31. §. 2. D. de neg. gest. (3. 5.)
3) l. 20. C. eod. (2 19.)
4) l. 6 §. 12. D. eod.
5) Gezogenen und vernachlässigten l. 2. l. 7. C. eod.
6) §. 1. I. de oblig. quae quasi ex contr. l. 8. §. 1. D. de neg. gest. Er muß darüber ein Inventar aufnehmen oder die Sachen eidlich specificiren.
7) l. 38. D. eod.
8) arg. l. 9. §. 7. l. 54. D. de adm. tut. (26. 7.)
9) l. 38 de neg. gest. (3. 5.)

Gelder müssig liegen ließ [1]), und nicht auch der dominus seine Capitale liegen zu lassen pflegte [2]); D. dolus, culpa und diligentia zu prästiren [3]), und gegen sich selbst, wie gegen einen Dritten, zu verfahren. Für den Zufall steht er nicht, ausgenommen insbesondre wenn er sich gegen die Gewohnheit des Geschäftsherrn in ein gewagtes Unternehmen einläßt [4]), wobei er jedoch das Gewonnene zuvor in Abrechnung bringt [5]). Auch haftet er nicht für das geringe Verschulden, wenn die Sache ohne seine Concurrenz sicher umgekommen wäre [6]). Für nicht einkassirte Schulden haftet der gestor nicht, ausgenommen wenn er selbst der Schuldner ist [7]). Ob der gestor das fremde Geschäft als ein fremdes oder eigenes besorgte, ist in Rücksicht seiner gleichgültig; auch muß er selbst da, wo ihm

1) l. 19. §. 4. l. 31. §. 3. D. de neg. gest.

2) l. 13. §. 1. D. de usuris (22. 1.)

3) l. 20. C. de neg. gest. §. 1. I. de oblig. quae quasi ex contr. Quo casu (sc. negotiorum gestorum) ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia. Die richtige Erklärung dieser Stelle hat v. Glück Pand. B. 5. §. 422. a. S. 363.

4) Den Zufall muß der gestor auch tragen, wenn er die Geschäftsführung arglistig unternimmt; oder mittelst eines Vertrags (durch welchen aber die negotia gesta nicht in ein mandatum verwandelt seyn müssen!) den Zufall übernahm. l. 22. C. de neg. gest. (Impp. Diocletianus et Maximianus Eulogio.) Negotium gerentes alienum non interveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compelluntur. Diese Stelle wird sehr versch. erklärt, vgl. v. Bynkershoek obs. lib. I. c. 7. Leyser Spec. 55. med. 2. Höpfner's Comm. üb. d. Inst. §. 937. Not. 4. v. Glück's Pand. B. 5. §. 422. a. S. 365—367. Sie ist von einem nachfolgenden Vertrage oder einem solchen zu verstehen, welcher den Begriff der negot. gest. nicht aufhebt. Schließt ihn aber ein Dritter, so kann der dominus selbst daraus nicht klagen.

5) l. 11. D. de neg. gest. Diese Compensation des Vortheils mit den Beschädigungen kann der gestor in allen Fällen für sich geltend machen.

6) l. 3. §. 9. D. eod.

7) l. 6. §. 12. l. 8. pr. l. 38. D. eod.

die fremde Eigenschaft unbekannt blieb, herausgeben, was er in Händen hat [1]). Die Erben des Geschäftsführers haften nur wegen der culpa lata des Erblassers [2]). Die Klage gegen den gestor heißt actio negotiorum gestorum directa.

2. Verbindlichkeit des dominus.

§. 590.

Zu einer Bezahlung der bloßen Mühe des Geschäftsführers ist der Geschäftsherr keineswegs verbunden. Dagegen ist er verpflichtet, die zu seinem Besten vom gestor eingegangenen Verbindlichkeiten demselben abzunehmen [3]), und dessen nothwendige und nützliche, d. i. mit Verstand und Ueberlegung [4]) gemachte Auslagen mit Zinsen zu erstatten [5]), ohne Rücksicht auf eine dem Zwecke der Verwendung widersprechende Wirkung, wenn diese durch einen Zufall, unglücklicher Weise, nicht den gewünschten Erfolg herbeiführte [6]). — Ein Schadensersatz, welchen der dominus wegen seiner Schuld dem Geschäftsführer schuldig würde, ist kaum denkbar; denn sobald eine Schuld des dominus eintritt, aus welcher dieser Schadensersatz übrigens, den allgemeinen Grundsätzen gemäß, gefolgert werden müßte:

1) l. 49. D. eod.
2) l. 17. C. eod.
3) l. 2. D. de neg. gest. ((3. 5.)
4) l. 10. fin. D. eod. Wegen impensae voluptuariae hat der gestor nur das Recht der Wiederwegnahme. l. 27. pr. D. eod. l. 3. §. 4. D. de in rem verso (15. 3.) l. 10. §. 10. D. mandati. Wenn der Geschäftsführer die Grenze einer zweckmäßigen Beschränkung in den nützlichen Ausgaben überschritten hat, so kann er nur so viel wiederfordern, als der Geschäftsherr selbst nach verständigen Grundsätzen hätte ausgeben müssen. l. 25. D. de neg. gest. (3. 5.)
5) l. 2. l. 19. §. 4. l. 45. pr. D. eodem. l. 37. D. de usuris (22. 1.) l. 3. 10. 15. 16. 18. C. de neg. gest. (2. 19.)
6) l. 10. §. 1. l. 12. §. 2. l. 22. D. eod. l. 17. pr. D. de in rem verso (15. 3.)

so weiß der dominus um das Geschäft; und weiß er darum, so hört es auf negotiorum gestio zu seyn, wird vielmehr von da an Mandat, und der Geschäftsführer hat dann aus einer solchen Schuld des Geschäftsherrn die actio mandati contraria. — Dadurch, daß der Geschäftsführer sich in der Person des dominus und in dem Verhältniß zu ihm irrte, wird die Verbindlichkeit des Letzten nicht gemindert [1]). Dagegen ersetzt der Geschäftsherr nur den ihm wirklich verschafften Nutzen in folgenden Fällen: a) Wenn der gestor den Vortheil des Geschäfts in betrüglicher Absicht für sich zu ziehen beabsichtigte [2]). b) Desgleichen wenn er das Geschäft einer unter Vormundschaft stehenden [3]) Person gerirt hat, — in welchem Falle der Bevormundete sich wegen einer Geschäftsversäumniß immer an den Vormund halten kann, mithin eines fremden negotiorum gestor nicht so sehr bedarf, wie jeder Andere. Wenn man hiervon den Schluß macht, daß der Geschäftsherr nur seinen wirklichen Vortheil allemal dann zu ersetzen brauche, wenn der gestor nicht sowohl in Rücksicht des dominus, als eines Anderen [4]) das Geschäft geführt habe: so ist der Schluß wohl zu wenig von dem gesetzlichen Beispiele unterstützt. c) Auch kann man vom Geschäftsherrn bloß Erstattung des wahren Vortheils desselben verlangen, wenn man gewagte Geschäfte unternommen hat, in welche derselbe vermuthlich nicht eingegangen seyn wür-

1) l. 5. pr. §. 1. D. eod. Sofern der gestor nur wußte, daß er fremde Geschäfte führte. l. 6. §. 8. l. 45. §. 2. D. eod. l. 14. §. 1. fin. D. comm. div. (10. 3.)

2) l. 6. §. 3. D. eod.

3) l. 3. §. 4. l. 6 pr. §. 6. l. 37. pr. D. eod. l. 2. C. eod. (2. 19.)

4) Richtig ist übrigens, daß der gestor in solchen Fällen diesem Andern, um dessentwillen gerade er das Geschäft unternahm, die Erstattung der Auslagen abfordern kann. l. 6. pr. §. 6. cit. l. 46. pr. fin. D. de neg. gest. (3. 5.)

de [1]). — Gar keine Klage findet gegen den dominus Statt in folgenden Verhältnissen: a) Wenn der gestor die fremde Sache für seine eigene hielt, oder, während er ein fremdes Geschäft führte, sein eigenes zu besorgen glaubte: so haftet zwar er als negotiorum gestor dem Geschäftsherrn, hat aber gegen diesen keine Klage, weil ihm die Absicht fehlte, sie gegen denselben zu erwerben [2]). b) Wenn der dominus die Besorgung dem gestor untersagte [3]): so verliert dieser von dem Augenblick an die Klage gegen den Geschäftsherrn wegen des dennoch fortgesetzten Geschäfts, obgleich dieser die actio negotiorum gestorum directa behält [4]). c) Wenn er unter keinen Umständen Nutzen von dem Geschäft haben konnte [5]), haftet der Geschäftsherr ebenfalls gar nicht; desgleichen d) wenn der gestor demselben mit der Verwendung ein Geschenk zu machen beabsichtigte, d. i. sie wiederzufordern nicht den Vorsatz hatte [6]), was bei Erfüllung eines officium pietatis vermuthet wird [7]); e) ferner wenn der gestor einen Anderen verdrängte, welcher keinen Regreß an den Geschäftsherrn nehmen wollte [8]); f) desgleichen wenn der gestor so zu handeln verpflichtet war [9]). g) Endlich haftet der Geschäftsherr dem Geschäftsführer auch nicht,

1) l. 11. D. eod.

2) l. 49. D. eod. l. 19. C. eod. (2. 19.) l. 3 fin. C. de rei vind. (3. 32.) l. 14. §. 1. l. 29. pr. D. comm. div. (10. 3.) Widersprechend scheinen zwar l. 49. D. de neg. gest. (3. 5.) cit. in fin. und l. 50. §. 1. D. de her. pet. (5. 3.), allein sie sind als besondere Ausnahmen anzusehen, wenn Jemand nothwendige Geschäfte einer Erbschaft geführt hat. Cujacius, ad African. Tract. 8. ad l. 49. de negot. gest. (Opp. T. 1. p. 1430.)

3) l. 40. D. mand. (17. 1.) l. 24 C. de neg. gest. (2. 19.) v. Glück Pand. B. 5. §. 420.

4) l. 8. §. 3. D. de negot. gest. (3. 5.)

5) l. 10. §. 1. l. 43. D. eod.

6) l. 4. l. 27. §. 1. l. 44. D. eod. l. 11. 12. 15. C. eod. (2. 19.)

7) l. 27. §. 1. l. 34. D. eod. l. 11. l. 13. l. 15. C. eod.

8) l. 2. C. eod.

9) l. 5. C. eod.

wenn dieser doloser Weise für sich selbst zu handeln angegeben hat. Der dominus hat dabei aber gegen den gestor die Klage aus der Geschäftsführung; und sogar einen Dieb oder Räuber kann der dominus mit dieser Klage auf Herausgabe des Werthes der gestohlenen Sache belangen, wenn dieß ihm vortheilhafter scheinen sollte, als die Rückforderung der Sache selbst [1]). Die Klage gegen den dominus ist die actio negotiorum contraria [2]). — Zu den Fällen der Verbindlichkeit des dominus aus der negotiorum gestio, nicht in das Gebiet der actio de in rem verso [3]), gehört insbesondre auch der, wenn durch die Hände einer Mittelsperson etwas in das Vermögen des dominus verwandt ist [4]); gab er Auftrag, etwas aufzunehmen, so ist die wirkliche Version nicht erforderlich [5]); fehlte der Auftrag, es ist aber doch der Mittelsperson zum Zweck der Angelegenheiten des dominus gegeben, so muß die Version erfolgt, oder doch ohne Schuld der Mittelsperson unterblieben seyn [6]); ward auch nicht einmal zum Zweck der Angelegenheiten des dominus gegeben, so haftet dieser nur wegen einer wirklichen Version [7]).

C. Ratihabition.

§. 591.

Wichtig für die negotiorum gestio ist die nachfolgende Genehmigung oder Ratihabition des dominus, indem

1) l. 5. C. vi bon. raptor. (9. 33.)

2) §. 1. I. de oblig. quae quasi ex contr. (3. 28.)

3) Noodt ad P. XV. 3. A. M. ist v. Glück Pand. XIV. §. 917. S. 418 ff.

4) l. 6. §. 1. l. 31. pr. D. de neg. gest.

5) l. 31. pr. D. eod.

6) Arg. l. 3. §. 7 — 9. l. 17. pr. D. de in rem verso.

7) l. 82. D. pro socio (17. 2.) l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in aliena potest. (4. 26.)

Geschäfte (welche den dominus an sich nicht angehen), wenn sie als die seinigen besorgt sind, durch die Erklärung, sie als solche gelten zu lassen, wirklich zu den seinigen werden [1]). Auf allen Fall aber schränkt die Ratihabition die Verbindlichkeit des gestor auf die Herausgabe des Vorhandenen und Prästation des dolus und der culpa lata ein; wogegen sie die Verpflichtung des dominus bis auf Erstattung aller vom gestor gemachten Auslagen, sie mögen noch so sehr die in einer verständigen und ordnungsmäßigen Haushaltung feststehenden Grenzen überschritten haben, erweitert [2]). — Durch die Ratihabition wird das juridische Verhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und Geschäftsführer für den nachfolgenden Theil des Geschäftes zum mandatum [3]); die vorherbesorgten negotia

1) l. 6. §. 6. 9—11. D. de neg. gest. (3. 5.)

2) l. 9. D. eod. l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in aliena pot. (4. 26.)

3) So daß deßhalb von beiden Seiten die actio mandati gilt. l. 9. D. de neg. gest. (3. 5.) (Scaevola lib. 1. Quaestionum.) — Puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse. Sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possum semel probatum: et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi: ita omne, quod ab ipso probatum est. Caeterum si, ubi probavi, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est: erit igitur et post ratihabitionem negotiorum actio. Vgl. l. 9. C. eod. (2. 19.) l. 3. C. de rei vind. (3. 32.) l. 3. C. de contr. et committ. stip. (3 38.) Eine actio mandati ohne Unterschied auch wegen des Ratihabirten zu geben scheint l. 60. D. de R. J. (Ulpianus lib. 10. Disputationem.) Semper, *qui* non prohibet, pro se intervenire, *mandare* creditur. Sed et si *quis* ratum *habuerit*, quod gestum est: *obstringitur* mandati actione. Wenn man sie aber, wie nach den cursiv gedruckten Worten derselben geschehen kann und muß, mit Welcker diss. interp. exh. l. 9. D. de neg. gest. juncta l. 60. D. de R. J. (vgl. Thibaut, Versuche üb. e. Th. d. Theorie d. R. zweite Auflage II. Band. N. 10. besond. S. 220.) so erklärt, daß die Genehmigung der unaufgetragenen Geschäfte den

aber setzt die Genehmigung nur für den dominus ins Verhältniß der zufolge Auftrags besorgten Geschäfte, nicht für den gestor.

D. Erwerb und Verlust durch den gestor.

I. Erwerb.

§. 592.

Handlungen zum Vortheil des dominus kann der gestor in demselben Umfange vornehmen, wie der Procurator; nur daß der Erwerb für den Geschäftsherrn nicht eher eintritt, als bis eine Ratihabition erfolgt ist [1]), welche dann aber zurückwirkende Kraft hat [2]). Der gestor hat kein Klag- und Interpellationsrecht gegen Dritte, welche er dem dominus verbindlich macht [3]). Sich für den dominus Etwas versprechen lassen, kann er eben so wenig, als der Procurator; er muß also den strengen Grundsätzen des Röm. Rechtes nach für sich paciseiren, und dann cediren; was aber, anders als bei dem Procurator, eine durchaus freiwillige Handlung ist. In Deutschland nimmt man an, daß er sich geradezu für den dominus versprechen lassen könne; alsdann ist der letzte gleich Anfangs berechtigt, und der gestor kann den Promittenten nicht wieder entbinden [4]), was ihm sonst, wenn er eigentlich nur für sich selbst paciscirte, nothwendig frei stehen mußte.

Geschäftsherrn ex mandato auch für das Vergangene verbindlich macht, den negotiorum gestor aber für diesen Zeitraum nicht in einen Mandatar verwandelt: so stimmen die angeführten Stellen zusammen.

1) l. 24. D. de neg. gest. (3. 5.) l. 3. §. 7. D. de bon. poss. (37. 1.)

2) l. 25. C. de donat. int. vir. et ux (5. 16.)

3) l. 6. §. 12. D. de neg. gest. (3. 5.)

4) Weber v. d. nat. Verb. §. 89. a.

2. Verlust.

§. 593.

Handlungen zum Nachtheil des dominus kann der gestor gar nicht vornehmen [1]). Veräußert er daher eine Sache des dominus, so kann dieser vindiciren [2]); zieht er Forderungen ein, so liberirt er die bezahlenden Schuldner keineswegs; vielmehr kann der Geschäftsherr noch immer gegen sie klagen [3]). Uebernimmt der gestor Verbindlichkeiten, so braucht der dominus sie nicht anzuerkennen. Ratihabirt indessen der Letztere: so verliert er in den ersten beiden Fällen die Vindications- und die obligatorische Klage gegen den Dritten, und hat dagegen die actio negotiorum gegen den gestor [4]), und im Falle der vom Geschäftsführer eingegangenen Verbindlichkeiten ist er der institorischen Klage des berechtigten Dritten unterworfen [5]), neben welcher aber immer auch der gestor demselben verhaftet bleibt, da dieser Dritte sich zu seinem Nachtheile auf das Verhältniß zwischen dem ursprünglich ihm verbindlich gewordenen gestor und dem dominus nicht einzulassen braucht.

II. Von der Verbindlichkeit der Gemeinschaft [6]).

A. Von der Verbindlichkeit zur Theilung.

1. Vorbegriffe.

§. 594.

Aus der Gemeinschaft, welche ihre Entstehung aus

1) l. 6. §. 12. D. de neg. gest. (5. 3.)

2) l. 3. C. de R. V. (3. 32.) l. 19. C. de neg. gest. (2. 19.)

3) l. 9. C. eod.

4) leg. cit.

5) Arg. l. 1. §. 6. D. quod. jussu. (15. 4.)

6) Vergl. §. 159.

Vertragsverhältnissen erhalten oder auch zufällig hervorgebracht seyn kann und im letztern Falle communio incidens [1]) heißt, entspringt die Theilungs-, und die Administrationsverbindlichkeit. Theilung ist die Auseinandersetzung mehrerer Mitberechtigten in Rücksicht einer gemeinschaftlichen Sache. Dieser gemeinschaftliche Gegenstand der Berechtigung kann eine einzelne körperliche Sache seyn, oder mehrere, — eine Erbschaft, welche ihren ganzen Inbegriff den Erben gemeinschaftlich macht, — ein Recht, z. B. eine Servitut, oder auch eine Forderung. Bei den Forderungen aber ist zu unterscheiden, ob sie auf Fungibilien oder Nichtfungibilien gehen. Letztere machen zwischen mehreren Theilnehmern eine wirkliche Gemeinschaft möglich, eines jeden Antheil ist dann ideell und unabgetheilt. Aber die Forderungen auf Fungibilien (Geld, Getreide u. s. w.) sind nicht wirklich communia und in Beziehung auf diese ist der Satz richtig: nomina ipso jure divisa sunt [2]). Bei der Theilung erhält nun entweder Jeder einen Theil an der Sache selbst (divisio naturalis), oder dem Einen wird die ganze Sache gegen Abfindung der Anderen überlassen (divisio civilis). Bei der außergerichtlichen Theilung findet eigentlich ein Vertrag Statt. Die Naturaltheilung ist Tausch [3]), die Civiltheilung, wenigstens bei einer Abfindung in Gelde, Kauf [4]); daher bei beiden Evictionsleistung vorkommt, aber nur in soweit, als der Mitgenosse Etwas verliert, was er erst seit der Theilung hat [5]). Die Größe des Antheils eines

1) Im Röm. Rechte kommt nur die Veranlassung zu dieser Benennung vor. l. 25. § 16. D. fam. herc. (10. 2.) „cum coherede non contrahimus, sed *indicimus* in eum."

2) l. 6. C. fam. herc. (3. 36.) l. 29. D. de solut. (46. 3.)

3) l. 20. §. 3. D. fam. herc. (10. 2)

4) l. 1. C. comm. utriusque jud. (3. 38.)

5) l. 14. C. fam. herc. (3. 36.)

Jeden bestimmt sich nach der Beschaffenheit seines Anspruches an die gemeinschaftliche Sache; in Regel sind gleiche Theile anzunehmen. — Verständigen sich die Mitberechtigten außergerichtlich über die Theilung (divisio sine judicio facta)[1], so kann sie nach der allgemeinen Theorie der Verträge und wegen der besondern Absicht der Parteien bei der Theilung, durch welche sie Jedem der Interessenten seinen Antheil wirklich zukommen lassen wollen, angefochten werden: a) wegen Irrthums, wenn er die Identität der Sache betrifft, oder Etwas in die Theilung mit aufzunehmen vergessen worden ist. Dieß kann berichtiget und nachgeholt werden[2]. Betrifft der Irrthum einen Rechnungsfehler (calculi error), so kann dieser sogar nach der gerichtlichen Theilung nachständig verbessert werden[3]. Hat man mit einer Person außergerichtlich getheilt, welche gar nicht Theilnehmer war, so ist dieß Geschäft nichtig[4]. b) Wegen Betrugs[5]; nach den allgemeinen Grundsätzen der Verträge macht wesentlich veranlassender Betrug die Theilung nichtig; Betrug in Nebenpuncten veranlaßt die Forderung von Schadensersatz. c) Eine außergerichtliche Theilung kann nach der Bestimmung des justinian'schen Gesetzbuchs wegen jeder Läsion (nicht

1) l. 3. C. comm. utr. jud. (3. 38.)

2) l. 20. §. 4. D. fam. herc. (10. 2.)

3) l. 1. §. 1. D. quae sent. sine app. (49. 8.)

4) l. 36. D. fam. herc. Die l. 37. D. eod. widerspricht dem nicht, daß in gerichtlicher Theilung ein solcher Irrthum in der Person nicht Grund giebt, die Theilung anzufechten; denn sie spricht bloß von der Klage (agit), nicht vom Urtheile.

5) l. 3. C. comm. utr. jud. Eine gerichtliche Theilung kann wegen Betrugs nicht angefochten werden und es bleibt dem Betrogenen bloß die actio de dolo auf Schadensersatz; jedoch wegen Falschheit der Urkunden, auf welche ein gerichtliches Theilungsurtheil gegründet ist, kann dieses angefochten werden. l. 1. 2. 4. C. si ex falsis instrumentis (7. 58.)

bloß wegen einer enormen) angefochten werden [1]). — Können sich die Interessenten nicht vereinigen, so muß es zu einer Vertheilung durch den Richter kommen (divisio judicialis), welcher die bloße richterliche Bestätigung der außergerichtlich eingegangenen Theilung nicht gleich gesetzt werden kann [2]). Uebrigens sieht das Röm. Recht die Obligationen aus der communio incidens als ein Analogon der aus der Societät an, und zählt sie zu denen quasi ex contractu [3]).

2. Bedingung, Recht und Subjekt der Theilung.

§. 595.

Bedingung der Theilung ist das Dasein der Gemeinschaft, indem das zum Grunde liegende Recht nur Eines ist, aber Mehrere daran Theil nehmen [4]). Gleichgültig ist es, ob das Recht ein dingliches [5]), oder persönliches ist [6]). Das Recht auf die Theilung kann wider Willen [7])

1) l. 3. C. eod. und zwar nach der Fassung im Cod. Justin., worauf es allein ankommt, da Tribonian so emendirt hat. (Impp. Diocletianus et Maximianus Aureliae Septimiae). Majoribus etiam, per fraudem, vel dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei judiciis, quod inaequabiliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Cujacii obs. lib. 13. obs. 24. Jac. Voordae electa c. 26. v. Glück's Pand. B. 11. §. 734. S. 93—106. — Laesio enormis ist nicht nöthig, weil hier kein wahrer Kauf ist, sondern Theilung, und dieser gegen die Absicht der Parteien bei der laesio nicht genügt ist. J. H. de Berger Diss. de reform. divis. extrajud. ex caus. mod. laesion. (Diss. select. Lips. 1707. Nr. 26.)

2) Struben's R. B. Th. 5. Bed. 137. (Spangenberg's Ausgabe Bd. 2. Nr. 256. S. 14. 15.)

3) §. 3. I. de obl. q. q. ex contractu (3. 28.)

4) l. 6. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.)

5) l. 7. §. 6. 7. D. comm. div. (10. 3.)

6) l. 7. §. 8 D. eod.

7) l. 43. D. fam. hercisc. (10. 2.) l. 5. C. comm. div. (3. 37.)

der übrigen von jedem Interessenten verfolgt werden, außer wenn die Theilung für eine gewisse bestimmte Zeit vertragsmäßig unzulässig gemacht ist; ungültig ist aber ein Vertrag, durch welchen für immer auf die Theilung Verzicht geleistet ist [1]). — Nur derjenige kann gültig Theilung fordern, der mit dem Seinigen rechtsbeständig schalten und walten kann; denn eine Theilung enthält Veräußerung. Ein Vormund z. B. kann daher nicht auf Theilung dringen, wenn er nicht eine gerichtliche Autorisation dazu erhalten hat. Aber andre Mitinteressenten eines solchen Dispositionsbeschränkten können gegen ihn die Theilung fordern, und dadurch wird die Theilung zu einer nothwendigen Veräußerung, welche auch der Dispositionsunfähige oder Beschränkte sich gefallen lassen muß [2]).

3. Art der Theilung.

a. Bei gemeinschaftlichen Sachen.

§. 596.

Die Regel ist, daß der Richter jedem Mitberechtigten an der gemeinschaftlichen Sache einen Theil anweiset [3]), (wobei Werthunterschiede durch Geld [4]) ausgeglichen werden können), und wenn Grundstücke auf diese Art getheilt werden [5]), zur gegenseitigen Bequemlichkeit die nöthigen

1) l. 14. §. 2. 3. D. comm. div. (10. 3) Indessen kann doch derjenige, welcher vor der bestimmten Zeit heraustreten will, sich dadurch helfen, daß er seinen Antheil veräußert; wobei dann aber der neu eintretende Interessent an die verabredete Zeit der Nichttheilung gebunden wird.

2) l. 7. pr. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.) l. 2. C. de fundo dotali (5. 23.), Beispiel vom Ehemann, wegen des fundus dotalis. l. 17. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.)

3) l. 1. C. comm. div. (3. 37.) l. 22. §. 1. 2. D. fam. hercisc. (10. 2.)

4) l. 52. §. 2. D. eod.

5) Uebrigens muß hierbei der Richter, soweit es schicklich angehet und rechtlich bestehen kann,

Servituten constituirt [1]). Ist keine Naturabtheilung zulässig, so versteigert er die Sache an die Mitberechtigten, und wenn diese nicht bieten können, oder wollen, auch an Dritte [2]). Bleibt auch dieser Weg fruchtlos, so adjudicirt er dem Einen das Eigenthum der ganzen Sache gegen eine Abfindung an den Andern [3]), welche auch in dem lebenslänglichen Nießbrauch der Sache bestehen kann [4]). Auch kann der Richter erforderlichen Falles einen abwechselnden Nießbrauch für die verschiedenen Mitberechtigten nach einer gewissen Reihfolge bestimmen. Welcher Partei das Eine und welcher das Andere zufallen soll, darüber entscheidet, sofern die Parteien nicht noch einig werden, das Ermessen des Richters [5]), ohne dabei an den vorgängigen Versuch einer Versteigerung der Sachen oder an den Gebrauch des Looses nothwendig gebunden zu seyn [6]). Bei der Schenkung eines Antheils an der Sache kann der größere Interessent den geringeren auskaufen; nächstdem gilt die Naturaltheilung, und wenn auch diese unthunlich ist, erhält der geringere Interessent das Recht des Auskaufs [7]). Die richterliche Zutheilung (adjudicatio) [8]) überträgt nach eingetretener Rechtskraft, ohne Rücksicht auf die schon erfolgte Tradition, das dingliche Recht [9]), und steht wegen Irrthum, Betrug und Verkürzung nicht weiter

auf dritte Personen manchmal einige Rücksicht nehmen, z. B. er soll unter mehreren Emphyteuten die Emphyteuse nicht in Natur theilen, damit die Gutsherrschaft den Ertrag nicht stückweise von Mehreren einzunehmen braucht. l. 7. pr. D. comm. div. (10. 3.)

1) l. 7. §. 1. D. eod.

2) l. 3. §. 1. C. eod. (3.37.)

3) l. 3. §. 1. C. eod. l. 55. D. fam. herc. (10. 2.)

4) l. 6. §. 10. D. eod. l. 16. §. 2. D. fam. herc. (10. 2.)

5) l. 21. D. comm. div. (10. 3.)

6) Vinnii sel. quaest. lib. I. c. 35.

7) l. 34. §. 2. C. de donat. (8. 54.)

8) Ulpiani fragm. tit. 19. §. 16.

9) §. 7. I. de officio judicis (4. 17.)

anzufechten [1]). Die Kosten der Auseinandersetzung sind von den Mitberechtigten nach Verhältniß ihres Antheils zu tragen [2]).

b. Bei gemeinschaftlichen Rechten.

§. 597.

Zu den besonderen Bestimmungen über die Theilung gemeinschaftlicher Rechte gehört: a) daß bei dem Nießbrauch an Grundstücken eine Sonderung der Sache in zwei Hälften, oder Verpachtung an einen der Usufructuare, oder einen Dritten; bei dem Nießbrauch an Mobilien eine abwechselnde Benutzung bestimmt werden soll, um eine alle Interessenten billig berücksichtigende Theilung zu Wege zu bringen [3]); — b) daß bei Realservituten jedem Berechtigten ein bestimmter Theil der dienenden Sache angewiesen, oder eine abwechselnde Benutzung der Servituten verfügt werden soll [4]); endlich c) daß ein gemeinschaftliches Pfand einem der Gläubiger gegen Abfindung der übrigen allein überlassen wird [5]); — lauter Bestimmungen, welche keineswegs als bestimmte legislatorische Befehle, sondern als Beispiele anzusehen sind, wie in Ermangelung andrer paßlicher Ausgleichung zu verfahren sey.

4. Klage auf die Theilung.

§. 598.

Es kommen im Röm. Rechte drei Theilungsklagen vor, eine wegen gemeinschaftlichen Rechtes an den Grenz-

1) l. 36. l. 44. §. 1. D. fam. herc. — Vgl. jedoch §. 594.
2) l. 4. §. 1. D. fin. reg. (10. 1.)
3) l. 7. §. 10. D. eod.
4) l. 19. §. 4. D. eod.
5) l. 7. §. 12. D. eod.

theilen der Grundstücke, actio finium regundorum, welche verwirrte Grenzen voraussetzt (s. §. 600.), eine zweite wegen gemeinschaftlichen Rechtes an einer Erbschaft, actio familiae hirciscundae (s. §. 860.), und eine dritte auf Theilung gemeinschaftlicher einzelner Sachen [1]). Diese Klagen (judicia divisoria) haben mehrere gemeinschaftliche Grundsätze, welche am zweckmäßigsten an dieser Stelle vorgetragen werden. — Sie haben eine doppelte Absicht, sowohl die Theilung der Gemeinschaft zu Wege zu bringen, als auch auf Leistung der Personalprästationen zu dringen [2]). Aber selbst die persönlichen Leistungen allein kann der Mittheilnehmer durch diese Klagen einfordern [3]); weßhalb auch nach schon aufgehobener Gemeinschaft noch ausdehnungsweise mit den Theilungsklagen auf die rückständigen Personalprästationen geklagt werden kann [4]). — Uebrigens setzen die judicia divisoria als nothwendige Grundlage [5]) eine gemeinschaftliche Sache oder Berechtigung voraus; da nun Forderungen auf Fungibilien keine wahre Communion zu Wege bringen, so hat man als Mitinteressent derselben auch die Theilungsklage nicht [6]). Das aber ist gleichgültig, ob die Gemeinschaft aus einem Vertrage oder aus einer zufälligen Conmunion entstanden ist [7]). — Ob die Interessenten an dem Gemeingute

1) Die actio fam. herc. und die act. communi div. sind bonae fidei §. 28. I. de act. (4. 6.) l. 4. §. 2. l. 14. §. 1. D. comm. div. (10. 3.) l. 9. C. fam. herc. (3. 36.); die act. fin. regund. scheint aber eine arbitraria zu seyn. Vgl. §. 31. I. tit. cit.

2) l. 22. §. 4. D. fam. herc. (10. 2.) l. 4. §. 3. D. comm. div. (10. 3.)

3) l. 14. §. 1. D. comm. div. (10. 3.) verb. „quae cum ita" etc.

4) l. 6. §. 1. l. 11. D. eodem. — l. 24. pr. D. fam. herc. (10. 2.)

5) l. 1. fin. D. comm. div. (10. 3.) l. 9. C. Comm. utriusq. jud. (3. 38.)

6) l. 2. §. 5. l. 25. §. 1. D. fam. herc. (10. 2.)

7) l. 2. pr. D. comm. div.

Eigenthum, oder ein anderes dingliches Recht, oder nur einen gutgläubigen Besitz haben, ist für den Gebrauch der Theilungsklagen ebenfalls einerlei [1]). — Es sind wahre actiones in personam [2]); da sie jedoch durch ein dingliches Recht ihre Obligation begründen: so kann man auch in diesem Sinne sagen, sie seyen mixtae, wie in den Institutionen geschiehet. Der einzige wirkliche Erfolg dieser Eigenschaft ist, daß sie unter geeigneten Umständen im Gerichtsstande der belegenen Sache nach der Wahl des Klägers angestellt werden können [3]). — Von größerer Wichtigkeit ist, daß diese drei Theilungsklagen judicia duplicia sind, d. i. solche Klagen, bei denen jeder der Interessenten als Kläger auftreten kann, jeder auch als Kläger und Beklagter zugleich zu behandeln ist [4]); obgleich allerdings in der Form des Verfahrens vor Gericht derjenige Kläger genannt und als solcher behandelt wird, welcher zuerst klagend aufgetreten ist. Sollten mehrere Interessenten zugleich sich wechselseitig vor Gericht belangt haben, so soll das Loos entscheiden, wer der Form nach im Processe als Kläger anzusehen sey [5]). Es ist aber keineswegs nothwendig, daß alle Interessenten an dem gerichtlichen Theilungsverfahren Theil nehmen [6]); diejenigen, welche nicht mit den

(10. 3.) l. 38. §. 1. l. 43. D. pro socio (17. 2.)

1) l. 4. §. 9. D. fin. regund. (10. 1.) l. 7. D. comm. div. (10. 3.)

2) l. 1. D. fin. reg. (10. 1.) „actio in personam est, licet pro vindicatione rei est." l. 22. §. 4. D. fam. herc. (10. 2.) l. 1. §. 1. C. de annali exc. (7. 40.) Vgl. §. 20. I. de act. (4. 6.)

3) Heise u. Cropp jur. Abhandl. Thl. I. Nr. 9. S. 129—143., — nämlich nur dann, wenn der zu theilende Gegenstand ein ganz unter einem Gerichte liegendes Grundstück ist.

4) l. 10. D. fin. reg. (10. 1.) l. 2. §. 3. l. 44. §. 4. D. fam. hercisc. (10. 2.) l. 37. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.)

5) l. 13. l. 14. D. de judiciis (5. 1.) l. 2. §. 1. D. comm. div. (10. 3.)

6) l. 8. pr. D. eod. l. 2. §. 4. D. fam. herc. (10. 2.)

Uebrigen Klagten, können, wenn ihnen jenes Verfahren einen nachtheiligen Erfolg zu Wege gebracht hat, eine neue Klage anstellen [1]). — Was die Verjährungszeit der Theilungsklagen betrifft: so sind sie nach Justinian der dreißigjährigen Verjährung unterworfen [2]). Von wo an läuft aber diese Verjährung? Ist die Frage nach einzelnen Personalprästationen: so muß man die Verjährung von dem Zeitpunct an berechnen, in welchem sie fällig geworden sind; die Klage auf Theilung selbst aber muß in dem Augenblicke als entstanden betrachtet werden, in welchem die Gemeinschaft entstanden ist, und von da an muß also auch ihre Verjährung laufen [3]). Wenn man dagegen einwendet, daß auf diese Weise nach dreißigjährigem Bestand einer Gemeinschaft die Interessenten auf Theilung nicht mehr klagen könnten, weil dann ihr Recht verjährt wäre: so bedenkt man nicht, daß dieser Fall deßwegen in der Wirklichkeit fast unmöglich ist, weil

1) l. 17. C. eod. (3. 36.)

2) l. 1. §. 1. C. de annali except. (7. 40.)

3) Vergl. Vinnius sel. quaest. 1, 34. Schilter ex. ad Pand. ex. 20 §. 87—90. v. Glück Pand. Bd. 10. §. 716. S. 429—432. Schon die Glossatoren stritten hierüber. Glossa ad l. 1. §. 1. C. de annali except. (7. 40.). — Die longi temporis praescriptio, als Ersitzung der Sache, welche bis zum Ablaufe der Ersitzungszeit gemeinschaftlich war, macht aber die Theilungsklage, obwohl die longissimi temporis praescriptio noch nicht erfüllt ist, unwirksam. Dieß wird zwar von Vielen bestritten, weil die longi temporis praescriptio gegen persönliche Klagen nicht schützen könne; allein bei den Theilungsklagen tritt der besondere Fall ein, daß sie eine *res communis* voraussetzen. Durch die longi temp. praescr. hört die gemeinschaftliche Sache auf, gemeinschaftlich zu seyn; folglich kann die Theilungsklage auf dieselbe, sobald jene ersessen ist, nicht mehr angewandt werden. Die l. 6. C. fin. regund. (3. 39.) widerspricht dem nicht; denn es ist darin bloß von der finalis quaestio, also von verwirrten Grenzen die Rede, bei denen es am justus titulus und folglich an der Möglichkeit der Ersitzung durch longum tempus fehlt. Vgl. l. 18. D. de except. (44. 1.) l. 1. §. 1. D. fam. herc. (10. 2.) Noodt ad P. 10, 2.

die Anerkennung des gemeinschaftlichen Rechtes von Seiten des andern Interessenten für die Uebrigen immer eine Verjährungsunterbrechung gegen den Anerkennenden ist. Jedenfalls ist die Annahme, daß die Verjährung der Klage auf Theilung erst von da an laufe, daß sich Ein Interessent die Sache allein anmaße, ganz ohne wissenschaftlichen Grund.

B. Von den Personalprästationen bei der Theilung.

§. 599.

Keiner der Communion-Interessenten braucht sich, wenngleich commodum und periculum zusammen von ihnen getragen werden müssen, der gemeinschaftlichen Sache anzunehmen. Thut er dieß dennnoch, so wird er als Administrator verbindlich. Sowohl hierdurch, als durch sonstige Handlungen und Zufälle entstehen die Personalprästationen, welche bei der Theilung zugleich ausgeglichen zu werden pflegen, praestationes quae sunt personales actiones [1]). Der gerens ist verbunden, den von der Sache gemachten Gewinn [2]) den Uebrigen mitzutheilen [3]), und dolus, culpa und omnis culpa in faciendo zu prästiren [4]), kann dagegen aber auch die auf die Sache

1) l. 22. §. 4. D. fam. herc. (10. 2.) l. 4. §. 3. D. comm. div. (10. 3.)

2) Hierher gehören die Früchte oder sonstigen Vortheile, welche er besonders gezogen hat. Sie müssen zu verhältnißmäßigen Theilen an die Andern herausgegeben werden. §. 3. I. de obl. q. q. ex contr. (3. 28.) l. 19. pr. D. de noxal. act. (9. 4.) l. 19. l. 56. D. fam. herc. (10. 2.) l. 11. D. comm. div. (10. 3.)

3) l. 3. pr. D. comm. div. (10. 3.) l. 19. D. fam. herc. (10. 2.)

4) Hasse v. d. Culpa §. 70. l. 8. §. 2. l. 20. D. comm. div. (10. 3.) l. 19. C. fam. herc. (3. 36.) Ueber omnis culpa in faciendo s. l. 16. §. 4. D. eod. (10. 2.) ; l. 23. D. de R. J. (50. 17.) l. 4. fin. C. comm. dvi. (3. 37.) In non faciendo prästirt er nur diligentia quam quis suis l. 25. §. 16. D. fam.

gemachten Verwendungen (und zwar die nothwendigen auch wenn sie gegen das Verbot der Mitinteressenten aufgewandt sind) ersetzt verlangen [1]). Hierher ist auch der Schaden zu ziehen, welchen Jemand durch die gemeinschaftliche Sache erlitten hat [2]). — Die Prästationen können während der Communion, besonders bei Gelegenheit der Theilung geltend gemacht werden [3]); es findet darauf aber noch nach dem Untergang der Sache, oder nachdem der Kläger oder Beklagte seinen Antheil einem Anderen überlassen hat, die actio communi dividundo utilis Statt [4]). Hat der gerens bei seiner Besorgung eines Geschäfts zum Besten der gemeinschaftlichen Sache von seinem Verhältniß als eines Mitberechtigten nichts gewußt, sie vielmehr nur für seine eigene gehalten: so ist er keiner actio communi dividundo [5]), und nur, in soweit er bereichert ist, der actio negotiorum gestorum unterworfen, kann dagegen aber auch nicht auf Erstattung seiner Auslagen klagen, wenigstens nicht nach Römischem Rechte [6]). Eben so fin-

herc. (10. 2.) die, wenngleich nur von gemeinschaftlicher Erbschaft redend, doch auf alle Communion zu beziehen ist, da der Grund allgemein gilt. — Hiernach sind auch fructus percipiendi zu beurtheilen. Sie versäumt zu haben, ist culpa in non faciendo; mithin muß die diligentia quam quis suis den Maßstab dabei abgeben.

1) l. 3. pr. l. 4. §. 3. l. 14. §. 1. D. comm. div. (10. 3.) l. 18. §. 1. C. fam. herc. (3. 36.) Die genauern Regeln hierüber sind analog von der negotiorum gestio zu entnehmen. Der Verwender kann also alle zweckmäßigen Auslagen, selbst mit Zinsen, ersetzt verlangen. Hat er ein gemeinschaftliches Haus repariren lassen, soll er selbst 12 p. C. Zinsen fordern können. l. 52. §. 10. D. pro soc. (17. 2.) l. 4. C. de aedific. priv. (8. 10.)

2) l. 41. D. de nox. act. (9. 4.) l. 16. §. 6. D. fam. herc. (10. 2.) l. 61. D. de furtis (47. 2.)

3) l. 3. pr. D. comm. div. (10. 3)

4) l. 6. §. 1. l. 11. D. eod.

5) l. 14. pr. D. eod.

6) l. 14. §. 1. l. 29. pr. D. eod. Es bleibt ihm dann lediglich das Retentionsrecht. Vergl. v. Glück Pand. Bd. 11. S. 154—165. Der Irrthum in der Person des Miteigenthümers schließt die act. comm. div. nicht

det bloß die actio negotiorum Statt, wenn der gerens für die gemeinschaftliche Sache, deren Communioneigenschaft er kannte, Etwas that, was er auch bloß für seinen Antheil hätte besorgen können [1]); nur wenn bei solcher wissentlichen Handlung die alleinige Besorgung seines eigenen Antheils dem Gerenten nicht möglich gewesen seyn würde, so gilt die actio communi dividundo eben so gut, wie die actio negotiorum gestorum.

III. Von der Verbindlichkeit zur Regulirung verwirrter Grenzen [2]).

§. 600.

Sind die Grenzen zweier Grundstücke verwirrt, und die Interessenten können nicht außergerichtlich über die Regulirung einig werden, so kommt es zur Anstellung der actio finium regundorum, welche jeder der Interessenten gegen den andern auf Berichtigung der Grenzen anstellen kann, sobald er die Voraussetzung der Verwirrung als richtig gelten läßt, und nicht etwa bloß seine Sache vindiciren oder actio viae receptae vorziehen will (§. 585.) [3]). Der actio fin. regund. liegt eine obligatio quasi ex contractu zum Grunde. A) Die Bedingungen der Klage sind: a) zwei oder mehrere benachbarte Grundstücke, oder dadurch gebildete Gerechtigkeitsbezirke [4]); nur bei praediis urbanis ist die Klage

aus. l. 29. D. eod. v. Glück a. a. O. S. 148.

1) l. 6. §. 2. 7. 11. D. eod. l. 25. §. 15. D. fam. herc. l. 40. D. de neg. gest. (3. 5.) Vinnii Sel. quaest. I. 37. Vergl. l. 6. pr. §. 1. l. 11. D. comm. div. (10. 3.) v. Glück Pand. a. a. O. Seite 151.

2) v. Glück Pand. Bd. 10. §. 714 — 723. Hagemann Landwirthschaftsrecht. §. 161—164.

3) Leyser medit. spec. 454. m. 11.

4) cap. 3. 13. X. de prob. (2. 19.)

ausgeschlossen [1]); b) unmittelbare Angrenzung, wogegen ein öffentlicher Weg oder Fluß zwischen den Grundstücken diese Klage ausschließt [2]); c) zufällig entstandene Verwirrung der Grenzen, welche von absichtlicher, mit der peinlichen Anklage de termino moto zu verfolgender [3]), Grenzverrückung wohl zu unterscheiden ist. B) Die Subjecte der Klage sind die Eigenthümer der angrenzenden Grundstücke, und statt derselben auch die Usufructuare und Pfandgläubiger [4]). C) Das Geschäft des Richters besteht darin, die alte Grenze im gewöhnlichen Gange des Processes durch Kunstverständige, besonders Feldgeschworene, Zeugenaussagen und alle Arten von Erkundigungen auszumitteln [5]), was durch Erforschung der Grenzzeichen, und wenn der ursprüngliche Flächeninhalt des Grundstücks bekannt ist, auch durch eine Nachmessnng geschieht [6]); wenn aber die alte Grenze nicht ausfindig zu machen steht, oder doch nicht zweckmäßig ist, darin eine neue zu setzen [7]), mit Entschädigung der verkürzten Partei [8]). D) Sollte das eine Grundstück die Grenzen des anderen überschritten haben, so ist auch noch über die Erstattung der Früchte zu erkennen [9]), wobei jeder Interessent dem andern Rech-

1) l. 4. §. 10. D. fin. reg. (10. 1.)

2) l. 4. §. 11. l. 5. l. 6. D. eod.

3) l. 2. D. de termino moto (47. 21.) Const. crim. Carol. art. 114.

4) l. 4. §. 9. D. eod. Der Miteigenthümer kann die act. fin. reg. nicht gebrauchen, noch kann sie gegen ihn gebraucht werden, wenn sein ausschließliches Eigenthum mit dem gemeinschaftlichen Eigenthum verwirrte Grenzen hat l. 4. §. 7. D. eod.

5) l. 11. D. eod.

6) l. 3. C. eod. (3. 39.)

7) l. 2. §. 1. D. eod. Ueber den Beweis der Grenzen, vergl. Gesterding Nachforschungen üb. versch. Rechtsmater. Thl. 1. S. 271.

8) l. 3. D. eod.

9) l. 4. §. 1. 2. D. eod. l. 1. C. de fructibus (7. 51.)

nung über gezogene Nutzungen und Früchte schuldig ist, auch den durch seine Schuld verursachten Schaden nebst dem Interesse ersetzen muß, dagegen aber seine nothwendigen und nützlichen Verwendungen in Compensation bringen oder sie ersetzt verlangen darf. E) Was über die Natur der actio communi dividundo bemerkt ist, gilt auch von der actio finium regundorum [1]). F) Hat der Gegner eine bestimmte Grenze im Besitz, so verjährt die Klage in 30 Jahren, sonst ist sie unverjährbar [2]), weil der Zustand der Verwirrung an sich nicht in einen feststehenden, gegen seine Natur, übergehen kann.

IV. Von der Verbindlichkeit des Schiffers, Gastwirths und Stallhalters, für die aufgenommenen Sachen einzustehen.

A. Bedingungen der Verbindlichkeit.

§. 601.

Zu den Obligationen, welche nach Analogie der aus einem Vergehen [3]) entstandenen beurtheilt werden, gehört das Verhältniß zwischen dem Reisenden, dessen Sachen im Schiffe oder im Wirthshause oder in der Stallung von den Leuten des Schiffers oder Wirths oder Stallhalters entwendet oder beschädiget worden sind. — Wenn Schiffer,

1) §. 20. I. de act. (4. 6.) l. 10. D. fin. reg. l. 13. D. de judiciis. (5. 1.)

2) v. Glück's Pand. B. 10. §. 719. — l. 1. §. 1. C. de ann. exc. (7. 40.) l. 6. C. fin. reg.

3) Der entfernte Grund der Verbindlichkeit liegt freilich in dem Receptionsvertrage, ohne welchen der Verpflichtete die Reisenden mit ihren Gütern nicht aufgenommen haben würde; aber die besondern Wirkungen dieses Verhältnisses legt das Edict ihm bei quasi ex delicto des Recipirenden vgl. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 27.

Gastwirthe oder Stallhalter in Folge eines gewöhnlichen Miethcontractes Sachen [1]) aufnehmen: so sind sie verpflichtet, Bewachung derselben (custodia) zu leisten. Da dieß aber den Römern nicht auszureichen schien, um die Reisenden zu sichern: so machte der Prätor schlechtweg die Schiffer, Wirthe und Stallhalter verbindlich, für die von ihnen angenommenen Sachen auch ohne alle Verschuldung zu haften [2]). Es sind hieraus zwei Klagen entsprungen, deren genauere Unterscheidung mehrere scheinbare Widersprüche in den Pandekten aufklärt, nämlich a) die actio in factum de receptis auf einfachen Schadensersatz gegen Schiffer, Gastwirth und Stallhalter, mag der Urheber des Schadens seyn, wer er wolle [3]); b) die actio furti adversus nautas aufs Doppelte, ebenfalls gegen Schiffer, Gastwirthe und Stallhalter für den besondern Fall, daß deren eigenen Leute den Schaden verursacht haben [4]). Unter Schiffern (nautae) sind hier jedoch bloß die Herrn (Patrone, Rheder) des Schiffs [5]), exercitores navis verstanden; Gastwirthe (caupones) sind alle, welche einen Reisenden herbergen, die Gastgeber, die ausübenden Herrn im Gasthofe [6]), und es ist einerlei, ob dieser ein gemeines Wirthshaus oder ein vornehmes Hotel ist; unter Stallhaltern (stabularii) sind im Röm. Recht diejenigen gemeint, welche Ställe zum Einstallen der Maulthiere, Pferde u. s. w. halten. Man will jetzt das Edict auch auf Frachtfuhrleute und Posthalter an-

1) Ob diese in Waaren, Geräthschaften oder Kleidungsstücken u. dgl. der Reisenden bestehen, ist gleichgültig. l. 1. §. 6. l. 4. §. 2. D. nautae, caup. (4. 9.)

2) l. 1. pr. §. 1. l. 3. §. 1. D. eod.

3) l. 1. pr. D. nautae, caup. (4. 9.)

4) l. un. pr. D. furti adversus nautas, caupones, stabularios (47. 5.)

5) l. 1. §. 2. 4. D. naut. caup. (4. 9.)

6) l. 1. §. 5. D. eod.

wenden, da sie mit obigen Personen fast ein gleiches Verhältniß zu den Reisenden haben. Aber abgerechnet, daß ein singulares Recht nicht ausgedehnt werden kann: so ist auch der Unterschied zwischen diesen Fällen bemerklich genug; der Schiffer, Wirth und Stallhalter kann das ihm Anvertrauete ohne große Schwierigkeit gegen Fremde in Obacht haben und behalten; der Fuhrmann aber nicht, da ihn weder Wasser umgiebt, noch sein Raum, wie Zimmer und Ställe, jederzeit verschliesbar ist. Auch spricht das Röm. Recht [1]) sich darüber bestimmt aus. — Es wird aber bei der Klage gegen Schiffer, Wirthe und Stallhalter immer vorausgesetzt, daß sie Jemand vermöge ihres Gewerbes (exercentes negotium suum) aufgenommen haben, nicht aus andern Gründen, z. B. in Folge regelmäßiger Miethe; denn wenn ein Wirth sein Zimmer auf längere Zeit vermiethet hat, so haftet er dem Miethsmanne nicht mehr, als jeder andre Vermiether [2]). Aber ob diese Personen Bezahlung genommen oder kostenfrei Jemand bedient haben, ist gleichgültig; z. B. der Schiffer, welcher umsonst einen Reisenden übersetzt, haftet dennoch de receptis [3]). — Zur Reception selbst gehört, daß die Güter dem Stallhalter, Gastwirthe und Schiffer entweder eigentlich überliefert [4]) oder daß sie doch wenigstens mit seinem besondern oder allgemein auf alle Fälle sich erstrecken-

1) l. 25. §. 7. D. locati (19. 2.) sagt, daß der Fuhrmann nur für Culpa hafte, aber nicht weiter; Strube R. B. Thl. 1. Bed. 71. (Spangenberg's Ausgabe 2. Nr. 459.) A. M. ist Mackelbey Diss. quatenus actio de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat. 1806. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 6. §. 493.

2) l. 3. §. 2. D. nautae, caup. (4. 9.)

3) l. 5. pr. l. 6. pr. D. eod.

4) Diese Ueberlieferung kann auch schon vor der Illation ins Schiff oder Gebäude geschehen. l. 3. pr. D. eod.

den Wissen ins Schiff, ins Gasthaus oder in den Stall gebracht worden sind [1]). Sind sie ihm nicht selbst überliefert, so müssen sie denen von seinen Leuten übergeben worden seyn, welche er zu dergleichen Geschäften bestimmt hatte [2]). Geschah mithin die Reception auf das Einbringen der Sachen ins Schiff, Wirthshaus oder Stallgebäude: so haftet der Recipirende vom Zeitpuncte dieses Einbringens an, wobei der Beweis der Illation unter Umständen für den Reisenden seine Schwierigkeit haben kann; geschah die Reception mittelst eigentlicher Ueberlieferung, so fängt von dieser die Verbindlichkeit an [3]), und es ist jedenfalls ohne Einfluß auf dieselbe, ob die Sachen einzeln oder im Ganzen recipirt worden sind [4]).

B. Umfang der Verbindlichkeit [5]).

§. 602.

Zunächst ist die actio in factum de receptis abgesondert zu betrachten. Der Verpflichtete haftet für damnum und furtum [6]), der Schaden mag von ihm, von seinen Leuten, oder von dritten Personen veranlaßt seyn [7]), und ohne daß er sich irgend in Culpa zu befinden braucht [8]). Bloß wenn eine unabwendbare Naturbegebenheit, ein innerer Verderb der Sache oder eine zugefügte Gewaltthat (gewöhnlich zusammengefaßt [9]) unter dem Namen vis

1) l. 1. §. 8. D. eod.

2) l. 1. §. 2. 3. 5. D. eod.

3) l. 3. pr. D. eod.

4) l. 1. §. 8. D. eod.

5) Zimmern System der Röm. Noxalklagen. §. 94—96.

6) l. 3. §. 3. l. 5 pr. §. 1. D. eod.

7) l. 1. §. 8. fin. l. 2. 3. pr. D. eod.

8) S. S. 522. Note 2.

9) l. 3. §. 1. D. eod. Es ist irrig, wenn man meint, der Verpflichtete hafte nur für omnis culpa und nicht für den Zufall; die citirte Stelle ist klar. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 6. S. 118—120.

major) den Verlust herbeiführte, fällt die Verbindlichkeit des Verpflichteten weg. Raub z. B. ist eine solche vis major [1]); für den Diebstahl aber muß der Recipirende einstehen. — Es folgt aus dieser strengen Verpflichtung, daß der Kläger bei der actio de receptis eine Culpa des Recipirenden nie zu beweisen braucht; daß aber dieser, wenn er eine ihn entschuldigende Naturbegebenheit oder Gewaltthat excipirt, den Beweis derselben führen muß [2]). — Die Klage gebührt nicht sowohl dem Eigenthümer der inferirten oder abgelieferten Sachen, sondern dem Inferirenden oder Abliefernden [3]). Sie geht auf einfachen, jedoch vollen Schadensersatz; ist daher dreißigjährig und gehet auch gegen die Erben [4]). Es ist aber irrig, wenn man annimmt, der Beschädigte könne seinen Schaden eidlich angeben, insbesondre wenn sich dessen Belauf [5]) nicht füglich anders erweisen lasse; der Beweis muß vielmehr durch die gewöhnlichen Beweismittel geführt werden, da zu einer Ausnahme kein Grund vorhanden ist. — Die actio furti adversus nautas hat einen andern Charakter, weil sie pönal ist [6]). Sie setzt

1) l. 4. pr. l. 5. §. 1. D. eod.

2) Wernher select. obs. forens. T. II. Part. 8. obs. 321. 322.

3) l. 1. §. 7. D. eod., woselbst am Ende a me statt ante gelesen werden muß.

4) l. 3. §. 4. D. eod.

5) Wie in l. 1. §. 41. D. depos. (16. 3.) Vgl. Pufendorf animadv. jur. Nr. 91. Der Schluß vom Depositum, das nur unter präsumirten Freunden, auf das Receptum, das zwischen Fremden Statt findet, ist ohnehin fehlerhaft.

6) Sie ist außer l. un. D. furti adv. naut. (47. 5.) und §. 3. I. de obl. quae quasi ex del. nasc. (4. 5.), abgehandelt in l. 6. l. 7. D. nautae, caup. (4. 9.), welche von den Verfassern des justinianeischen Rechtsbuchs der Lehre von der actio de recepto ohne Weiteres hinzugefügt sind, ohne daß sie zu dem Edicte de nautis gehören. Unterscheidet man dieß nicht, so geräth man in unerklärliche Widersprüche, z. B. zwischen l. 3. §. 4. und l. 7. §. 6. D. eod. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 6. S. 140. 141. Note 17.

voraus: a) daß der Benachtheiligte erweise, sein Schaden sey durch die eigenen Leute des verpflichteten Schiffers, Wirthes oder Stallhalters angerichtet, oder doch durch solche Personen, welche beständig in dessen Hause wohnen [1]); b) daß dieser Schaden im Schiffe, Hause oder Stalle selbst verursacht worden sey [2]). Im Uebrigen ist sie gleichfalls in factum und findet nicht bloß wegen eines Diebstahls, sondern auch wegen jedes Schadens Statt, der unter den obigen Voraussetzungen angerichtet ist [3]). — Die Klage geht auf das Doppelte [4]) und nicht gegen die Erben (außer soweit sie sich bereichert finden); jedoch dauert sie 30 Jahr [5]), und mehrere Beklagte haften nur pro rata [6]). — Daß die abgehandelte Verbindlichkeit der Schiffer, Wirthe und Stallhalter durch mora accipiendi und durch wirkliche Wiederauslieferung der recipirten Sachen aufgehoben werde, versteht sich von selbst. Eine Frage aber bleibt, ob sie auch aufgehoben werde, wenn der Reisende Schiff oder Gasthaus verläßt und seine Sachen von dort nicht mitnimmt. Liefert er sie nicht zum Verwahrsam des Schiffers oder Wirthes, so liegt in der Natur der Sache, daß mit seiner Abreise das Verhältniß aufhört, weil man voraussetzen muß, jeder Reisende habe das Seinige mitgenommen. Liefert er es aber an den Schiffer oder Wirth ab und recipirt dieser die Sachen: so muß Letztrer auch der actio de recepto

1) l. un. pr. §. 6. D. furti adv. naut. (47. 5.) l. 6. §. 3. l. 7. pr. D. naut. caup. (4. 9.)
2) l. 7. pr. D. eod. §. 3. I. de obl. quae qu. ex del. (4. 5.) l. un. §. 3. D. furti adv. nautas (47. 5.)
3) l. 7. pr. §. 2. 3. D. naut. caup. (4. 9.) l. 5. §. 6. D. de O. et A. (44. 7.)
4) l. un. §. 2. D. furti adv. naut. (47. 5.) l. 7. §. 1. D. naut. caup. (4. 9.)
5) c. 7. §. 6. D. eod. §. 3. fin. I. de obl. q. q. ex del. nasc. (4. 5.)
6) l. 7. §. 5. D. eod.

und furti adv. nautas ausgesetzt bleiben. Denn der Begriff des receptum bleibt neben dem des depositum bestehen; mithin wird die Haftung des Recipirenden dann auch nicht auf dolus und culpa lata beschränkt [1]). — Eine andere Frage ist, ob eine Protestation des Wirthes oder Schiffers (z. B. mittelst Anschlags an die Thüren seiner Zimmer) seine Verbindlichkeit, wegen des Recipirten einzustehen, aufheben könne. Da man einseitig von seiner gesetzlichen Verpflichtung sich nicht losmachen kann: so muß die Antwort im Allgemeinen verneinend ausfallen; willigen aber die Reisenden ein [2]), so ist der Wirth u. s. w. seiner Verbindlichkeit los. Nur wird aus einem bloßen Lesen eines Anschlags und der stillschweigenden Beruhigung des Reisenden dabei auf seine Einwilligung nicht geschlossen werden können, da er keine Verpflichtung hat, auf die Protestation des Wirthes sich zu äußern.

V. Von der Verbindlichkeit aus der lex Rhodia de jactu.

§. 603.

Die lex Rhodia de jactu ist ein Rhodisches, auch von den Römern befolgtes Gesetz [3]); vermöge dessen bei Seegefahren eines Schiffes jede Aufopferung an den Gütern des Einzelnen zur Erhaltung des Ganzen gemeinschaftlich getragen werden soll [4]). Die Anwendung dieses Ge-

1) Meisters praktische Bemerk. aus dem Criminal- und CivilR. 2. Bd. Bem. 7. S. 77 ff. v. Glück a. a. O. S. 125 f.

2) l. 7. pr. D. eod. „et *consenserint* vectores praedictioni."

3) l. 9. D. de lege Rhodia de jactu (14. 2.) Schweppe Rechtsgesch. §. 74.

4) l. 1. D. eod.

setzes, durch welches eine Obligatio quasi ex contractu entspringt, setzt voraus: a) daß das Schiff, auf welchem man zu jener Maßregel greift, einer Seegefahr unterworfen ist [1]); — b) daß eine Aufopferung von Gütern eines Einzelnen zum Besten des Ganzen Statt findet, indem entweder dessen Waaren in See geworfen, oder in ein anderes Fahrzeug geladen [2]), und dadurch umgekommen oder verschlechtert sind [3]); oder indem das Schiff, oder ein Theil der Geräthschaften Preis gegeben ist [4]); oder endlich indem ein Einzelner zur Rettung des Schiffes Ausgaben gemacht hat [5]). Was Jemand ohne die Absicht der Rettung des Ganzen und durch einen bloßen Zufall verliert, ist nicht Gegenstand der Anwendung des Rhodischen Gesetzes [6]). c) Dann ist noch ein nothwendiges Erforderniß, daß das betheiligte Schiff oder die Ladung nicht nur aus der das Opfer veranlassenden Gefahr gerettet wird, sondern auch den Ort der Bestimmung erreichet [7]), oder daß sie, wenn sie in einer spätern Gefahr untergehen, doch wenigstens zum Theil geborgen werden [8]). Das zu vergütende Quantum der Aufopferung wird, mit Beiseitsetzung des möglicher Weise aus den aufgeopferten Gütern zu ziehen gewesenen Gewinnstes, nur nach dem wahren positiven Schaden berechnet [9]), und mit Abrechnung des Verlusttheiles, welcher auf die aufgeopferten Sachen selbst fällt, auf das Schiff und die darauf befindlichen Güter, selbst wenn sie das Schiff nicht beschwerten, vertheilt. Jedoch das Leben der auf dem

1) l. 1. l. 2. §. 3. D. eod.
2) l. 4. pr. D. eod.
3) l. 2. §. 7. D. eod.
4) l. 3. l. 5. §. 1. D. eod.
5) l. 2. §. 3. D. eod.
6) l. 2. §. 1. l. 6. D. eod. Noodt ad P. lib. 14. tit. 2.
7) l. 4. pr. l. 5. pr. D. eod.
8) l. 4. §. 1. D. eod.
9) l. 2. §. 4. D. eod.

Schiffe befindlichen freien Menschen, und die zum Verbrauch der Mannschaft und Reisenden bestimmten Eßwaaren werden nicht in Anschlag gebracht [1]). Die geretteten Sachen werden nach dem Verkaufspreise angeschlagen [2]), welcher in dem Augenblick, wo der Beitrag zur Vergütung des Verlustes gefordert wird, gültig ist [3]). Derjenige, welcher die Aufopferung erlitten hat, klagt nach dem Römischen Recht aus der locatio conductio gegen den Schiffer, und zwar in Rücksicht der eigenen Sachen des Beklagten auf dessen Beitrag, in Rücksicht der übrigen Verpflichteten auf Zurückhaltung bis zur Contribution der betreffenden Raten, oder wenn der Schiffer die Güter der Uebrigen bereits hat verabfolgen lassen, auf Einklagung des Beitrags aus seinem Contracte mit den Uebrigen [4]); nach dem Gerichtsgebrauch kann der Verlierende geradezu gegen diese Interessenten klagen. — Die Ausdehnung des rhodischen Gesetzes auf Landgefahren ist zwar in einer das Princip bei Seite setzenden Uebertreibung [5]) unrichtig, sonst aber sehr wohl zu vertheidigen. — Jedoch da die lex Rhodia eine absichtliche und freiwillige Aufopferung der Güter einiger Interessenten zur Rettung Aller voraussetzt: so kann bloß zufälliger Verlust nie analog nach dieser Theorie behandelt werden, z. B. Verlust durch den Krieg in der Art, daß der Feind von Einem oder Einigen vorzugsweise nahm und die Andern verschonte (wobei Jene weder absichtlich noch freiwillig aufopferten). Da dieß Gesetz ferner eine Allen gleiche Gefahr voraussetzt: so ist es nicht auf Fälle anwendbar, in

1) l. 2. §. 2. D. eod.
2) l. 2. §. 4. D. eod.
3) l. 4. §. 2. eod.
4) l. 2. pr. D. eod. Noodt l. c.
5) Vgl. v. Glück's Pand. XIV. §. 890.

denen Einer näher bedrohet ist, als der Andere, z. B. bei Feuersbrünsten, in welchen ein Haus abgerissen wird, um andere zu schützen. — Bei absichtlicher und freiwilliger Aufopferung in gleicher Gefahr ist die l. Rhodia aber allerdings ausdehnungsweise anzuwenden, z. B. wenn der Feind im Kriege von Allen fordert und dann Einzelne seine Forderung befriedigen, sey es ganz von selbst oder durch den Magistrat (den Repräsentanten der Gemeinheit) dazu aufgefordert.

VI. Von der Verbindlichkeit des Eigenthümers zum Ersatz des durch seine Sachen verursachten Schadens.

§. 604.

Schadet eine Sache durch das concurrirende Verschulden des Eigenthümers, so tritt die aquilische Klage ein [1]); ist kein Verschulden vorhanden und die Sache kommt in die Hände des Beschädigten, so kann dieser sie bis zur Erstattung des Schadens zurückhalten [2]); außerdem ist der Eigenthümer frei [3]). Nur den von ihm keineswegs verschuldeten, aber von seinen (nicht zu den wilden [4]), regelmäßig ungezähmten oder reißenden zu zählenden) Thieren angerichteten Schaden (noxa, pauperies) [5]) ist er zu ersetzen

1) l. 9. §. 1. D. ad exhib. (10. 4.) l. 14. §. 3. D. de praescr. verb. (19. 5.) l. 6. C. de lege Aq. (3. 35.)

2) l. 5. §. 4. D. ad exhib. l. 9. §. 3. D. de damno inf. (39. 2.)

3) l. 7. §. 1. D. eod. l. 29. §. 2. D. ad leg. Aq. (9. 2.)

4) pr. I. si quadrup. (4. 9.) l. 1. §. 10. D. eod. (9. 1.)

5) *Pauperies* ist damnum sine injuria facientis datum l. 1. §. 3. D. si quadrupes (9. 1.) — Zimmern System der Noxalklagen. 1818. Vergl. mit der in den gött. gel. Anz. 1818. befindlichen Recens. des Buchs (von Schweppe) S. 2003 — 2005.

verbunden [1]), vorausgesetzt, daß derselbe auf eine dieser Thierart ungewöhnliche Weise durch deren ungebührliche Wildheit oder deren Muthwillen verursacht ist (damnum contra naturam sui generis) [2]). Diese Verbindlichkeit entspringt aber nach der Ansicht des Röm. Rechtes immer nur aus dem Besitz des corpus noxium, und geht nicht über dieses hinaus. Die Klage ist die actio in factum de pauperie, und zwar directa bei vierfüßigen, utilis bei zweifüßigen Thieren [3]), für jeden, welcher bei der Beschädigung der Sache interessirt ist [4]). Als actio in rem findet sie gegen den jeweiligen Eigenthümer zur Zeit der Klage [5]), oder sonstigen Besitzer [6]), und zwar wenn ihrer mehrere sind, in solidum, Statt [7]); wer vor angestellter Klage und bona fide aufgehört hat, das Thier zu besitzen, ist von der Klage frei [8]). Sie geht auf Ersatz des zugefügten Schadens, welchem jedoch der Beklagte (er mag dadurch den ganzen Schaden [9]) ersetzen oder nicht) durch

1) Schon nach den 12 Tafeln. Hugo Rechtsgesch. 10te Aufl. S. 281. Schweppe Rechtsgesch. §. 336.

2) l. 1. §. 7. 8. l. 10. l. 11. D. si quadr. paup. fec. dic. (9. 1.) Thibaut's Vers. B. 2. Nr. 8. Daher fällt die Klage auch weg, wenn das Thier zum Widerstand oder zur Abwehr gereizt seyn sollte. pr. l. eod. (4. 9.) l. 1. § 4. 6. 7. D. eod. Der Beschädigte darf sich also eben so wenig als ein Dritter bei der Beschädigung in Culpa befinden, wenn die a. de pauperie Statt haben soll. l. 1. §. 5. 6. D. eod. l. 52. §. 2. D. ad l. Aquil. (9. 2.)

3) l. 4. D. eod.

4) l. 2. pr. D. eod. Daher kann der Fall eintreten, daß die Klage Mehreren zugleich zustehet. Wenn sich nun der Bekl. der noxae deditio bedienen will: so bekommt der von den mehreren Klägern das Thier, welcher es occupirt (melior conditio est occupantis) l. 14. pr. D. de noxal. act. (9. 4.)

5) l. 1. §. 12. D. eod.

6) l. 28. D. de nox. act. (9. 4.)

7) l. 1. §. 14. D. si quadr. paup. fec. dic. (9. 1.)

8) Z. B. wenn das Thier stirbt vor angestellter Klage. l. 1. §. 13. 16. D. eod. l. 21. pr. l. 24. l. 26. §. 4. D. de nox act.

9) l. 1. pr. D. si quadr. paup. (9. 1.) l. 6. §. 1. D. de re judicata (42. 1.)

Hingabe des Thieres zur Buße (noxae deditio) an den Kläger ausweichen kann [1]). Geschieht die noxae deditio von einem bonae fidei possessor, so kann sie auch vom wahren Eigenthümer nicht gehindert werden [2]). Ist ein Anderer da, welcher wegen des concurrirenden Verschuldens belangt werden kann, so ist der Besitzer frei [3]). Auch in Contractsverhältnissen findet wegen dieser Art des Schadens nur die actio de pauperie Statt mit Vorbehalt des Vortheils der noxae deditio für den Beklagten. Doch darf der Eigenthümer von dieser gesetzlichen Wohlthat keinen Gebrauch machen, wenn er die Bösartigkeit des Thieres kannte und dessenungeachtet nicht anzeigte [4]). — Schaden des Viehes an Feldfrüchten, welchen der Eigenthümer nicht verschuldete, wird ersetzt [5]), mit Vorbehalt der noxae deditio [6]); die Klage ist also wohl, wenn nicht culpa des Eigenthümers des Thieres daneben eintritt (s. §. 573.), nicht de pastu, sondern de pauperie [7]). — Der Beschädigte darf das Vieh auf unschädliche Weise wegtreiben, aber nicht pfänden [8]), was jedoch nach Deutschem Rechte in Folge des eigenthümlichen Rechtsinstituts der Pfändungen erlaubt ist [9]).

1) l. 1. pr. §. 14. D. si quadr. paup. fec. dic. (9. 1.) Der Bekl. verliert dieses Recht der noxae deditio, wenn er leugnet, daß das schadende Thier das seinige gewesen sey. l. 1. §. 15. D. eod.

2) l. 28. D. de nox. act. (9. 4.)

3) l. 1. §. 5. D. si quadr. paup. fec. dic. (9. 1.) So daß die actio de pauperie einen subsidiären Charakter bekommt. Vgl. oben S. 531. Note 2.

4) l. 31. D. de pign. act. (13. 7.) l. 26. §. 7. D. mand. (17. 1.) l. 45. §. 1. D. loc. cond. (19. 2.)

5) Paulus l. 15. l. l. 39. §. 1. D. ad leg. Aq. (9. 2.)

6) Paulus l. c.

7) Zimmern System der Noxalkl. §. 31 ff.

8) l. 39. §. 1. D. ad leg. Aq.

9) v. Glück's Pand. B. 10. §. 697. Eichhorn Deutsches Priv. Recht. §. 119. B. 1. und §. 121.

VII. Von der Verbindlichkeit zur Leistung der cautio damni infecti.

A. Wegen einer zu unternehmenden Arbeit.

§. 605.

Wenn bei der Arbeit an einem Grundstücke, oder ohne diese in Folge von dessen schadhafter Beschaffenheit, dem Nachbar ein Nachtheil mittelbar zugefügt wird: so kann in der Regel dieser keine Entschädigung fordern; denn der Eigenthümer des schädlichen Grundstückes ist ohne obligatorisches Verhältniß zu einer positiven Handlung nicht verbunden. Aber um die hieraus sich ergebende Härte zu heben, gab das Edict dem Nachbar das Recht, in gewissen Fällen eine Caution für noch ungeschehenen Schaden zu fordern; — ein Institut, das nur allmälig zu der jetzigen Ausdehnung gekommen ist [1]). Es ist hier zuerst die Rede von der Caution bei unternommener Arbeit. — Will Jemand auf einer unbeweglichen Sache eine Arbeit unternehmen, welche mit Gefahr für die Nachbaren (mögen sie Eigenthümer [2]) oder bloß Innehaber seyn) verbunden ist, so muß er diese wegen des möglichen Schadens durch die cautio damni infecti sicher stellen [3]); besonders braucht man auf seinem eigenen Grundstücke die Arbeit eines Andern nicht vor Bestellung einer solchen Caution zuzulassen [4]).

1) Schweppe Rechtsgesch. §. 336.

2) l. 5. §. 2. l. 13. §. 5. l. 18. D. de damno inf. (39. 2.) siehe jedoch S. 534. Note 5.

3) l. 1. §. 38. D. de aq. quot. v. aest. (43. 20.) l. 24. § 12. D. de damno inf. (39. 2.) Jedoch nur subsidiär, wenn man kein anderes Rechtsmittel hat, um sich gegen den Schaden zu sichern und künftig Ersatz zu begehren. l. 13. §. 6. l. 18. §. 2. 4. 9. l. 32. D. eod.

4) l. 15. D. ad exhib. (10. 4.) l. 3. §. 11. D. de itinere actuque priv. (43. 19.) l. 3. §. 9. D. de rivis (43. 21.)

Der Cavent ist bloß der Unternehmer der Arbeit, und die Caution selbst eine bloße Versprechung [1]) (repromissio), im Gegensatz der in andern Fällen nothwendigen dinglichen oder bürgschaftlichen Sicherung (satisdatio).

B. Wegen Schadhaftigkeit einer Sache.

1. Von der Verbindlichkeit zur Bestellung der Caution.

§. 606.

Ein anderer Fall der cautio damni infecti, im Falle man sich keines andern Rechtsmittels zur Sicherung vor Schaden oder zur Erlangung eines künftigen Schadensersatzes bedienen kann [2]), — tritt dann ein, wenn ein Grundstück, oder eine damit zusammenhängende Sache, welche nicht an einem bloßen naturale vitium leidet [3]), im Zustande der Schadhaftigkeit sich befindet und dem Nachbar Schaden drohet [4]). Fordern kann sie Jeder, welcher als dauernder Innehaber eines dinglichen oder persönlichen Rechts mit einem positiven Schaden bedroht ist [5]), und

1) l. 30. §. 1. D. de damno inf.

2) l. 13. §. 6. l. 18. §. 2. 4 9. l. 32. D. eod.

3) Wohin aber Baufälligkeit eines Hauses keineswegs, sondern ein solcher Fehler zu zählen, der ganz ohne Menschenhand sich vorfindet, z. B. sumpfiger Boden l. 24. §. 2. D. de damno inf. (39. 2.)

4) l. 15. §. 3. l. 19. §. 1. l. 24. 9. 12. l. 30. pr. §. 2. D. eod. Die Gefahr muß in der schlechten Beschaffenheit des Gebäudes oder der Anlage ihren Grund haben. l. 24. §. 4. 9. D. eod.

5) l. 5. §. 2. l. 13. §. 5. l. 18. pr. D. eod. Es kommt darauf an, daß der Cavent nicht unnützer Weise zu einer Caution genöthiget werde; daher ist klar, warum sie weder der precäre Besitzer, noch der Beherbergte oder Einkehrende (qui in mea taberna divertit), noch der Miether, welcher nur ganz kurze Zeit z. B. eine Badeanstalt benutzen soll, noch endlich derjenige fordern kann, welcher erwiesener Maßen bloß bonae fidei possessor ist und daher vielleicht ehestens dem wahren Eigenthümer wird weichen müssen. Wenn man l. 11. und l. 13. §. 9. D. eodem

das jusjurandum calumniae ablegt [1]); sogar kann hier für den Berechtigten ein Dritter auftreten, wenn er de rato cavirt [2]). Leisten kann die Caution jeder, wer will [3]); zunächst der Eigenthümer der Schaden-drohenden Sache, dann aber auch jeder Andre, welcher nicht will, daß die missio in possessionem des Klägers erkannt werde [4]). Die Caution selbst wird von dem Eigenthümer, wofür hiebei auch jeder Innehaber eines jus in re bei dem auf eine fremde Sache errichteten Werke gegen den dominus gilt [5]), durch eine bloße repromissio, von jedem Anderen aber real geleistet [6]), indessen immer nur auf eine bestimmte Zeit [7]), nach deren Ablauf sie freilich von Neuem gefordert werden kann [8]). Will der Beklagte die Sache derelinquiren, so fällt die Caution weg [9]). — Ist der Innehaber des schädlichen Gegenstandes gerichtlich aufgefordert, zu caviren, und verweigert es ungerecht: so kommt es durch richterliches Erkenntniß zur Immission des Klägers (oder Mehrerer zu gleichen Theilen gemeinschaftlich)

auf diese Art versteht: so sind sie sehr erklärlich. Der zur Caution Aufgeforderte muß aber, wenn er die Caution nicht machen will, beweisen, daß der Auffordernde z. B. a non domino gekauft habe; beweist er dieß nicht, so muß er Caution machen. Es gehört nicht zur Beweislast des Klägers, daß er a domino gekauft habe; vielmehr wird, der Natur des Instituts der cautio damni infecti nach, das Innehaben zum Fundamente der Klage genügen, wenn nicht der Mangel der dauernden Berechtigung zum Innehaben vom Beklagten nachgewiesen wird. Vgl. Voet comm. ad P. Lib. 39. T. 2. §. 4.; Thibaut Pand. Syst. §. 586.; l. 13. §. 4. D. eod. (39. 2.)

1) l. 13. §. 3 12. D. eod. Die Anlage oder Fehlerhaftigkeit des Gegenstandes muß, wenn man Caution fordern können will, nicht bloß Entziehung eines zufälligen Vortheils drohen. l. 24. §. 12. l. 26. D. eod.

2) l. 39. §. 3. D eod.

3) l. 4. §. 6. D. eod.

4) l. 10. 12. 13. §. 1. l. 15. §. 24. 25. l. 19. pr. D. eod.

5) l. 13. §. 1. l. 20. l. 31. §. 1. D. eod.

6) l. 9. §. 4. 5. l. 13. pr. D. eod.

7) l. 13. §. 15. D. eod.

8) l. 15. pr. D. eod.

9) l. 16. D. eod.

in das Grundstück [1]), zuerst ex primo decreto, durch welches er nur die allgemeinen Rechte der Immission erhält [2]). Wenn dieß fruchtlos bleibt, d. i. die Caution dennoch nicht gemacht wird: so geschieht die immissio ex secundo decreto [3]), durch welche auch das Eigenthum auf ihn übergeht [4]), wenn der Gegner es hatte; sonst aber dessen volles Recht und namentlich ein Titel zur Verjährung vom Kläger erworben wird. Bei den Römern gehörte zwar die Leistung der Caution zur Cognition des höheren magistratus, jedoch wurde die Municipalobrigkeit wegen der erforderlichen Schnelligkeit des Verfahrens sehr oft damit beauftragt [5]), und dann gab es eine eigene actio in factum, wenn der Beauftragte etwas versäumte [6]); bei uns hat jeder Civilrichter die Untersuchung. — Dem Cautionfordernden kann mit Erfolg die Einrede entgegengesetzt werden, daß diejenigen Gegenstände, für welche er die Gefahr fürchtet, widerrechtlich angelegt seyen [7]).

2. Von der Verbindlichkeit aus der geleisteten Caution.

§. 607.

Ist die Caution geleistet, so kann aus dieser auf jeden von dem Berechtigten erlittenen Schaden, für welchen [8]) cavirt worden ist, geklagt werden, sowohl auf den durch

1) l. 5. §. 1. l. 15. §. 18. l. 38. §. 1. D. eod.

2) l. 15. §. 16. D. eod.

3) Nach diesem ändert ein späteres Erbieten zur Caution nichts mehr, wenn der Anbietende nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus irgend einem Grunde sich verschaffen kann.

4) l. 5. pr. l. 15. §. 23. D. eod.

5) l. 1. l. 4. pr. D. eod.

6) l. 4. §. 7 — 10. D. eod.

7) l. 13. §. 7. D eod.

8) l. 18. §. 5. 6. D. eod. Mithin der aus der gerügten mangelhaften Beschaffenheit wirklich entsprungen ist. l. 24. §. 3 — 11. l. 43. pr. D. eod.

wirklichen Einsturz[1]) (wobei nur vorausgesetzt wird, daß er nicht durch Ereignisse herbeigeführt wurde, welchen auch die stärkste Sache nicht hätte widerstehen können)[2]), als auch den durch Frucht davor veranlaßten[3]). Der Schaden muß jedoch, wenn die Caution darauf bezogen werden soll, innerhalb der Zeit[4]) eingetreten seyn, für welche cavirt worden war; wogegen der Ersatz desselben auch alsdann noch dem Caventen abgefordert werden kann, wenngleich sich innerhalb jener Zeit der Unfall bei einem spätern Besitzer der schadhaften Sache äußert[5]), und selbst wenn der Cavent nachmals dieselbe derelinquirt haben sollte[6]). —

C. Von der nicht geleisteten Caution.

§. 608.

Ist eine cautio damni infecti nicht gefordert oder (ohne Verfolgung der Sache bis zur Immission des Klägers) doch wenigstens nicht geleistet: so kann der Beschädigte nichts verlangen[7]), selbst nicht einmal die Wegräumung der Sachen[8]) oder Trümmer, die auf seinen Grund und Boden gefallen sind. Will indessen der Eigenthümer dieser Gegenstände sie wegräumen, so braucht der Beschädigte, vermöge des ihm zustehenden Retentionsrechtes[9]), nicht eher Etwas aus seinen Händen verabfolgen zu lassen,

1) Die Verbindlichkeit geht überhaupt auf das ganze Interesse l. 5. §. 2. l. 23. l. 37. D. eod.; doch werden kostbare und unnütze Verzierungen, wenn sie beschädigt sind, nicht vergütet. l. 40. pr. D. eod. l. 13. fin. D. de serv. praed. urb. (8. 2.)

2) l. 24. §. 3—12. D. de damno inf. (39. 2.)

3) l. 28. 29. D. eod.

4) l. 13. §. 15. l. 18. §. 11. D. eod.

5) l. 17. §. 4. D. eod. Eben deßwegen wird der Cavent sich nur auf einen gewissen Zeitraum mit seiner Caution einlassen.

6) l. 16. D. eod.

7) l. 7. §. 1. D. de damno inf. (39. 2.)

8) l. 6. l. 8. D. eod.

9) l. 6. l. 7. §. 1. 2. D. eod.

als bis sich der Eigenthümer anheischig macht, das Unbrauchbare wegzuschaffen [1]), und den sowohl durch den Ueberfall der Trümmer, als durch deren demnächstige Wegschaffung verursachten Schaden zu ersetzen [2]). Auch kann der Beschädigte sogar cautio damni praeteriti alsdann fordern, wenn die Caution schon vor dem Ereignisse des Schadens gerichtlich begehrt [3]), oder doch der Kläger erweislich an der Einforderung wegen Kürze der Zeit, oder wegen seiner gerechten Abwesenheit, gehindert war [4]). Wird in diesem Falle die cautio damni praeteriti geleistet: so entsteht daraus die Klage auf Ersatz des Interesse; wird sie verweigert, so hat der Beschädigte noch jetzt das Recht, sich in alle Sachen immittiren zu lassen, in welche er vorher die Immission fordern konnte [5]).

VIII. Von der Verbindlichkeit zu der aqua pluvia arcenda.

§. 609.

Schon aus den zwölf Tafeln stammt wegen des unter gewissen Bedingungen schädlichen Abflusses des Regenwassers die actio aquae pluviae arcendae, welche aber schon im neuern Röm. Rechte den für den Berechtigten vortheilhaftern Rechtsmitteln fast ganz gewichen zu seyn scheint. — Wenn (nicht eine bloß natürliche Beschaffenheit des Grundes und Bodens, loci natura), vielmehr ein Werk [6])

1) l. 6. l. 9. §. 2. D. eod.
2) l. 5. §. 4. l. 9. §. 1. fin. D. ad exhibend. (10. 4.) l. 9. §. 2. 3. D. de damno inf. (39. 2.)
3) l. 15. §. 28. l. 44. pr. D. eod.
4) l. 7. §. 2. l. 8. l. 9. pr. D. eod.
5) l. 7. §. 2. l. 9. pr. D. eod.
6) l. 1. §. 2. 56. 9. 10. 14. 15. 22. l. 2. §. 7. l. 24. §. 1. 2. D. de aqua et aquae plur. (39. 3.)

von Menschenhänden (opus factum), welches nicht erst angelegt werden soll, sondern schon [1]) vorhanden ist, einen schädlichen Lauf des Regenwassers [2]) oder eines vom Regen anschwellenden Wassers (aqua quae de coelo cadit atque imbre excrescit) hervorbringt [3]): so hat der Beschädigte diese Klage. Jedoch sind noch einige Erfordernisse dabei. Ist das Werk nothwendig, um das Land, auf welchem es errichtet ist, zu schützen, oder zum Zwecke des Ackerbaues [4]); hat der Innehaber der Anlage sie durch ein besonderes [5]) Recht, z. B. eine Servitut, auf irgend eine Weise erworben; oder besteht das opus factum auf öffentlichen [6]) Grund und Boden: so hat in allen diesen Fällen die actio aq. pluv. arcendae nicht Statt. Auch gehört zu ihrer Anwendung, daß durch die Anlage einem zur Fruchterzeugung benutzbaren [7]) Grundstücke (ager) positiver [8]) Schaden zugefügt wird. Kläger und Beklagter sind die Eigenthümer der Grundstücke; der bloße Thäter ist nicht dieser Klage, aber wohl dem int. quod vi, oder quod clam unterworfen [9]). Gerichtet ist das Rechtsmittel auf Cautionsleistung oder Wiederherstellung der alten Beschaffenheit, jedoch, wenn der Beklagte nicht Thäter ist, auf Kosten des Klägers [10]). Von dem Schaden kann nur der nach erhobenem Proceß entstandene gefordert werden [11]), wenn gleich des früheren wegen das int. quod vi aut

1) l. 1. §. 1. D. eod.
2) l. 1. pr. l. 3. §. 1. D. eod.
3) l. 1. §. 11. 21. l. 2. §. 5. D. eod. l. 26. D. de damno inf. (39. 2.)
4) l. 1. §. 3. 5. 7. 8. l. 2. §. 9. l. 24. pr. D. de aq. et aq. pluv. (39. 3.)
5) l. 1. §. 23. l. 2. §. 3. 10. l. 19. 20. 23. pr. §. 2. D. eod.
6) l. 3. §. 3. l. 18. pr. D. eod.
7) l. 1. §. 17. 20. D. eod. Schadet die Anlage einem Gebäude: so hat der Beschädigte die Negatorienklage.
8) S. vorhin Note 3.
9) l. 4. §. 2. 3. l. 5. D. eod.
10) leg. cit. l. 14. §. 3. D. eod.
11) l. 6. §. 6. D. eod.

quod clam oder die actio de dolo (im Falle der Verjährung des Interdictes) begründet seyn kann [1]). Liegt zwischen dem Grundstücke, von welchem der Schaden ausgeht, und dem beeinträchtigten ein anderes in der Mitte, so kann auch gegen dieses geklagt werden [2]). — Wird der Schaden durch ein Naturereigniß oder einen natürlichen Umstand veranlaßt; oder wenn der Nutznießer eines Grundstückes unter der Wasserwirkung leidet: so kann die Klage utiliter angestellt werden; im Falle der Beschädigung ohne opus factum aber nur auf Gestattung der Ausbesserung, wobei der Beklagte gar keinen Nachtheil zu leiden braucht [3]). — Ob das beschädigte Grundstück höher oder niedriger liegt, als das, von welchem die Beschädigung kommt, ist gleichgültig [4]).

IX. Von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses [5]).

§. 610.

Zeugniß vor Gericht abzulegen, ist eine allgemeine Bürgerpflicht. Die Verbindlichkeit dazu war nach dem ältern Römischen Rechte auf solche Fälle, in welchen man sich zu einem Rechtsact, des Zeugnisses wegen, hatte zuziehen lassen [6]), und auf Criminalsachen beschränkt [7]); ist aber von Justinian auf alle gerichtlichen Zeugenverhöre ausgedehnt [8]). Eidliches Versprechen, nicht zeu-

1) l. 14. pr. §. 3. D. eod. Vgl. Hasse in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. Bd. 3. S. 53 ff.

2) l. 6 pr. D. eod.

3) l. 1. §. 23. l. 2. §. 5. 6. l. 11. §. 6. D. eod.

4) l. 1. §. 1. 2. l. 2. §. 1. D. eod.

5) Westenberg D. Marc. diss. VIII. v. Glück's Pand. XXII. §. 1178.

6) Gellii noct. att. XV. 13.

7) l. 4. D. de test. (22. 5.) Schweppe Rechtsgesch. §. 336.

8) l. 16. 19. C. de testibus (4. 20.)

gen zu wollen, kann von der Verbindlichkeit, ein Zeugniß abzulegen, nicht befreien [1]); doch dürfen a) alle Personen, welchen sogar verboten ist, Etwas zu entdecken, nicht zum Zeugniß gezwungen werden, und dieß sind namentlich Rechtsfreunde [2]), welche die ihnen von ihren Parteien vertraueten Geheimnisse nicht weiter sagen dürfen, und Geistliche [3]), welchen in der Privatbeichte unter dem Siegel der Verschwiegenheit Etwas mitgetheilt wird; b) braucht sich Niemand gegen seinen Ehegatten und Verlobten, gegen seine Ascendenten, Descendenten und Seitenverwandte, so weit sie nicht über den siebenten Grad der Verwandtschaft hinaus stehen, abhören zu lassen [4]); c) braucht Niemand über Dinge auszusagen, welche ihm nachtheilig oder schimpflich werden können [5]); d) brauchen auch Soldaten, desgl. kranke und ältliche Personen nicht im Gerichte zu erscheinen [6]), und aus gerechten Gründen Abwesende nicht des Zeugnisses wegen zurückzukehren [7]), die unter einem andern Gerichte wohnhaften Personen aber sich nur bei ihrem Richter verhören zu lassen [8]). Unkosten und Versäumniß des Zeugen

1) cap. 45. X. eod. (2. 20.)

2) l. 25. D. de testibus (22. 5.) c. 3. in VIto de testib. et attest. (2. 10.)

3) c. 13. X. de excess. praelat. (5. 31.) c. 12. fin. X. de poenitent. (5. 38.) v. Glück a. a. O. S. 169—178.

4) l. 4. l 5. D. eod. l. 10. pr. D. de gradib. (38. 10.) l. 16. C. de testib. (4. 20.) v. Glück a. a. O. S. 178—181. Dasselbe gilt von Stiefältern und Stiefkindern, Schwiegerältern und Schwiegerkindern.

5) J. R. A. §. 53.

6) l. 3. D. de testib. (22. 5.) Vgl. auch l. 6. §. ult. l. 8. D. eod. und v. Glück a. a. O. S. 181—184. Jedoch können solche Personen auf Requisition an ihrem Aufenthaltsorte oder, wenn ihre Schwachheit es fordert, in ihren Wohnungen abgehört werden. Dasselbe gilt von Abwesenden.

7) l. 8. l. 19. D. eod.

8) l. 7. D. test. quemadm. aper. (29. 3.) Nov. 90. c. 5.

müssen demselben von der producirenden Partei vergütet werden [1]).

X. Von der Verbindlichkeit zur Edition von Urkunden [2]).

§. 611.

Die Meinung älterer Praktiker, daß jeder Besitzer von Urkunden, sofern ihm kein Schaden daraus entstehe, sie auf Verlangen Jemandes, der ein Interesse an ihrer Kenntniß nachweiset, ediren müsse, ist jetzt [3]) allgemein verworfen. Vielmehr kann die Verbindlichkeit zur Urkundenedition nur aus besondern Rechtsgründen gefordert werden. Namentlich kann sie verlangt werden: a) wenn die zu edirende Urkunde Eigenthum [4]) oder Miteigenthum [5]) dessen ist, welcher sie edirt zu sehen wünscht. b) Desgleichen, wenn die fragliche Urkunde ein für das Interesse des Editionbegehrenden oder von ihm errichtetes Instrument ist, z. B. Rechnung über sein Geschäft, Aufsatz über seinen Contract u. dgl. [6]). Dann giebt das Röm. Recht zwar

1) l. 11. l. 16. C. de testibus. P. G. O. Art. 75.

2) v. Glück Pand. Bd. 22. §. 1171.

3) Nachdem v. Almendingen, über Urkundenedition und Argentarien (in Grolman's Mag. f. d. Philos. und Gesch. des R. Bd. 1. S. 355 ff.), den Ungrund jener Behauptung der Praktiker widerlegt hat. Man berief sich für jenen falschen Satz vorzüglich auf die restituirte l. 22. C. de fide instrum. (4. 21.) und auf die Editionsverbindlichkeit der Argentarien im Röm. R. l. 4. l. 13. D. de edendo (2. 13.), welche mit dem Institute, auf das sie gegründet war, in Deutschland wegfällt.

4) Denn der Eigenthümer hätte ohnehin die rei vindicatio und die actio ad exhibendum l. 3. §. 14. D. ad exhib. (10. 4.) l. 4. l. 6. C. eod. (3. 42.)

5) l. 5. D. fam. herc. (10. 2.) l. 7. C. de edendo (2. 1.) — Instrumenta communia.

6) Wohin auch Geschäftscorrespondenzen gehören, welche für den Editionverlangenden geführt sind. S. Hagemann prakt. Erörterungen. Bd. 7, Nr. 61.

ohne Weiteres nicht die actio ad exhibendum, aber der Billigkeit wegen eine actio in factum [1]), damit der Kläger das Instrument lesen und sich abschreiben lassen [2]) könne. c) Oft ist die Editionsverbindlichkeit eine Folge andrer Obligationen, z. B. der Verwalter fremder Geschäfte muß seine, diese Geschäfte betreffenden, Rechnungen und Urkunden ediren [3]). d) Wer das Eigenthum einer Sache erwirbt, kann auch die darauf sich beziehenden Urkunden [4]) verlangen. e) In einem Processe ist jedesmal der Kläger verbunden, zur Erleichterung der Vertheidigung des Beklagten, diesem alle Urkunden zu ediren, welche zum Beweise der Einreden desselben dienen können [5]); was jedoch ebenso beim Beweise eigentlicher Repliken, welche wie Einreden zu beurtheilen sind, dem Kläger als ein Recht gegen den Beklagten zuerkannt werden muß. f) Ist der Fiscus Kläger, so muß der Beklagte ihm die erforderlichen Urkunden ediren [6]). g) Wer eines Zinswuchers wegen angeklagt ist, muß ebenfalls seine Rechnungsbücher ediren [7]). — Daß ohne einen obiger Gründe der Richter, wenn er die Edition von Urkunden, welche der Beklagte besitzt, für billig hält, denselben dazu anhalten könne, beruhet auf einem Mißverständnisse zweier Stellen in unserm Rechtsbuche [8]). —

1) l. 3. §. 14. D. ad exhibend. (10. 4.) l. 4. §. 1. D. de edendo (2. 13.)

2) l. 1. pr. D. testam. quemadm. aper. (29. 3.) l. 3. C. eod. (6. 32.)

3) So der Gesellschafter, der Vormund, l. 9. pr. D. de edendo (2. 13.) l. 8. pr. D. mandat. (17. 1.)

4) l. 52. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 24. C. de fideicom. (6. 42)

5) l. 5. 6. 8. C. de edendo (2. 1.) A. M. ist zwar v. Almendingen a. a. O. S. 365. S. jedoch Donell. comm. lib. 23. c. 6. 7. v. Glück a. a. O. S. 118 ff.

6) l. 3. D. eod. (2. 13.) l. 2. §. 1. 2. D. de jure fisci (49. 14.)

7) c. un. §. 1. Clement. de usur. (5. 5.)

8) l. 95. §. 2. D. ad l. Falcid. (35. 2.) l. 1. C. de edendo (2. 1.) Vgl. v. Glück a. a. O. S. 124. und Donell. l. c.

Im Uebrigen ist von der hier auseinandergesetzten Edition (Vorzeigung) der Urkunden, zum Zwecke der Einsicht derselben, die Ueberlassung derselben zu unterscheiden. Daß Urkunden, welche unter öffentlicher Auctorität abgefaßt sind, sowohl Civil- als Criminalacten, aus denen Jemand Etwas beweisen will, ihm zur Einsicht vorgelegt werden sollen, ist eigentlich keine privatrechtliche Bestimmung [1]). — Derjenige, welcher die Edition verlangt, muß sein Interesse, sie zu sehen, nachweisen und man kann das jusjurandum calumniae von ihm fordern, daß er die Edition nicht aus Chicane verlange [2]). — Wer die Urkunde ediren soll, muß sie besitzen [3]); diesen Besitz, wenn er vom Gegner abgeleugnet wird, muß der Editionverlangende beweisen, und kann er ihn auf keine andre Weise führen, so ist es Gerichtsgebrauch, den Leugnenden zum Eide, daß er die Urkunde nicht besitze (Editionseide, Documenteneide), zuzulassen. Sollte er sich aber des Besitzes böslich entäußern, so hat der Editionverlangende das jusjurandum in litem [4]) zu Beschwörung der Größe des Interesse, welches er deßwegen von Jenem zu fordern berechtiget ist. — Mehr als einmal findet die Edition einer Urkunde nicht Statt, wenn nicht erhebliche Ursachen vorliegen, aus denen klar ist, daß der Editionverlangende zu entschuldigen ist, wenn er bei der vorigen Edition sich nicht hinlänglich instruirt hat [5]).

1) l. 2. C. de edendo (2. 1.)

2) l. 6. §. 2. l. 9. §. 3. D. de edendo (2. 13.)

3) l. 9. §. 1. D. eod.

4) l. 3. § 2. D. ad exhib. (10. 4.) l. 10. D. de in lit. jur. (12. 3.)

5) l. 6. §. 9. 10. l. 7. D. de edendo (2. 13.) l. 15. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.)

XI. Von der Verbindlichkeit aus einem rechtskräftigen Urtheile.

§. 612.

Die in diese Reihe von Obligationen der Ergänzungsklasse gehörige Verpflichtung aus dem rechtskräftigen Urtheile in einem Processe, welches dem Sieger die actio judicati und dem Losgesprochenen die exceptio rei judicatae giebt, ist zum Theil oben §. 177. a. abgehandelt. Hier möchte nur noch Einiges nachzuholen seyn. — Die **actio judicati** geht auf Execution des frühern Urtheils. Bei Geldsummen, welche gezahlt werden sollen, kann sie erst einige Zeit (tempus judicati) nach dem Urtheile angestellt werden (quadrimestres induciae, vier Monat, nach Justinians [1]) Bestimmung), welche bei uns [2]) vom Richter gewöhnlich auf etwa 6 Wochen festgesetzt wird. Nach Verlauf dieser Frist mußte der Verurtheilte nach Röm. Rechte 12 p. C. Zinsen bezahlen; was bei uns nicht beobachtet wird. — Sind mehrere Personen verurtheilt, so können sie nur, für seinen Theil Jeder, belangt werden, falls nicht ausdrücklich im Urtheile Jedem das Haften fürs Ganze auferlegt worden ist [3]). — **Exceptio rei judicatae.** Die Einrede, daß die Sache schon einmal rechtskräftig entschieden sey, kann gebraucht werden, wenn ein gültiger Weise verworfener Anspruch in einem neuen Pro-

1) l. 2. 3. C. de usur. rei jud. (7. 54.)

2) Schon nach Röm. R. hatte der Richter das Recht, jene Frist zu erweitern und einzuschränken l. 2. D. de re jud. (42. 1.) und bei Leistung bestimmter Sachen trat überhaupt eine Frist nach Ermessen des Richters ein §. 2. I. de offic. jud. (4. 17.)

3) l. 59. §. 3. D. mandati (17. 1.) l. 43. D. de re jud. (42. 1.) l. 10. §. 3. D. de appell. et relat. (49. 1.) l. 1. l. 2. C. si plures una sent. (7. 55.)

cesse wieder verfolgt werden soll. Sie steht besonders dem freigesprochenen Beklagten zu. Jedoch hilft sie auch dem vorigen Kläger, gegen welchen der Beklagte Einreden vorgebracht hat, die rechtskräftig verworfen sind und aus denen derselbe nachmals eine Klage zu bilden unternimmt; wenn dann der nun Beklagte (ehemalige Kläger) sich auf die schon geschehene Verwerfung dieser Gründe beziehen will: so geschieht es mit der exceptio rei judicatae [1]). — Um dieser Einrede überhaupt mit Erfolg sich zu bedienen, wird vorausgesetzt, a) daß der neue Proceß zwischen denselben Personen [2]) geführt werde; b) daß er denselben Gegenstand des Streites betreffe, wie der vorige [3]); c) daß die aufs Neue in Anregung gebrachte Rechtsfrage auch genau die des vorhergehenden entschiedenen Streites [4]) seyn müsse, so daß einer Realklage mit Angabe eines andern Erwerbungsgrundes im zweiten Processe die Einrede eines frühern gerichtlich verworfenen Erwerbungsgrundes nicht entgegenstehet, wohl aber die Einrede der früher verlornen Realklage, wenn in derselben kein bestimmter Grund der Erwerbung angeführt gewesen ist [5]); und so erfordert die Anwendung der exceptio rei judicatae auch bei Klagen aus Forderungen, daß kein neuer

1) l. 8. §. 2. D. de neg. gest. (3. 5.) l. 7. §. 1. D. de compens. (16. 2.) l. 19. D. de except. rei jud. (44. 2.)

2) l. 3. l. 7. §. 4. l. 22. D. eod.

3) l. 12. l. 14. pr. D. eod. Desgl. l. 7. pr. §. 4. 5. l. 21. §. 1. 2. D. eod. l. 17. D. de exceptionibus (44. 1.) Wenn also im vorigen Processe über den Besitz gestritten worden ist, in dem nunmehrigen über das Eigenthum gerechtet wird: so kann aus jenem keine exceptio rei judicatae hergenommen werden. l. 14. §. 3. D. de except. rei jud. (44. 2) l. 3. C. si a non compet. judice. (7. 48)

4) l. 3. l. 7. §. 1. 4. l. 19. l. 31. D. de exc. rei jud. (44. 2.)

5) l. 11. §. 1. 2. l. 14. §. 2. D. eod. Desgl. l. 5. l. 7. §. 4. D. eod. l. 6. §. 4. D. nautae, caup. (4. 9.)

Rechtsgrund für die Anstellung der Klage auf denselben Gegenstand und unter denselben Personen seit dem Verluste der vorigen Klage entstanden ist, weil gegen einen neuen Rechtsgrund die Exception aus dem frühern Streit [1]) nicht wirkt.

XII. Von der Remuneration geleisteter Dienste [2]).

§. 613.

Sind Dienste [3]) in Folge eines Vertrags geleistet worden: so kommt es auf die Beschaffenheit desselben an, ob sie belohnt werden müssen. Ohne Versprechen [4]) aber kann in der Regel eine Vergeltung geleisteter Dienste nicht gefordert werden [5]); am wenigsten wenn Jemand bloß seine Schuldigkeit [6]) gethan hat, zu der er juridisch [7]) verbunden gewesen ist. — Von der Regel, daß ohne Vertrag geleistete Dienste nicht vergolten werden, macht das Röm. Recht folgende Ausnahmen: A) Wer ein bürgerliches Gewerbe treibt, hat das Recht, wenn er zu diesem Gewerbe gehörige Dienste oder Arbeiten Jemanden geleistet, eine billige Vergeltung dafür zu verlangen, weil in seiner Bestellung zur Arbeit schon stillschweigend das Versprechen einer solchen Remuneration liegt. Die Aufforderung an den Gewerbetreibenden, Arbeiten seines Faches zu leisten, wird als In-

1) l. 2. l. 9. pr. l. 11. §. 4. 5. l. 18. l. 25. pr. D. de except. rei jud. (44. 2.)

2) Jac. Gothofred. Tr. de salario.

3) Nämlich erlaubte und anständige; denn für andere kann nie eine Vergeltung gefordert werden, selbst wenn sie versprochen wäre. l. 123. D. de V. O. (45. 1.)

4) l. 7. l. 56. §. 3. D. mand. (17. 1.) Pufendorf obs. T. 2. obs. 5. §. 1—6.

5) l. 56. §. 3. D. mandati (17. 1.) l. 17. C. eod. (4. 35.)

6) l. 2. §. 1. l. 9. D. de cond. ob turp. caus. (12. 5.) l. 6. l. 7. C. eod. (4. 7.)

7) Also nicht etwa bloß moralisch l. 4. §. 4. D. eod.

nominatcontract angesehen, und es kann von ihm also mit der actio praescriptis verbis geklagt werden [1]). B) Außerdem haben das Recht, Bezahlung für ihre Dienste zu verlangen, folgende Personen: a) die Lehrer der Wissenschaften, jedoch mit Ausnahme der Lehrer des Rechts und der Philosophie [2]); b) Advocaten und Procuratoren [3]); c) Aerzte [4]), Wundärzte, Hebammen und Säugeammen; d) Makler, die bei Abschließung eines Contractes [5]) oder bei Erlangung eines öffentlichen Amtes [6]) behülflich gewesen sind, sofern durch sie das Geschäft zu Stande gekommen ist. Wo über den Betrag dessen, was diesen Personen für ihre Dienste zu zahlen ist, gesetzliche Taxen oder ein bestimmtes Herkommen herrscht, hat das Gericht danach die Forderung zu beurtheilen; sonst

1) l. 22. D. praescr. verb. (19. 5.) §. 1. I. de locat. et cond. (3. 25.)

2) l. 1. pr. §. 4—6. D. de extraord. cognit. (50. 13.) Der Philosoph solle mercenariam operam spernere; die civilis sapientia sey aber nicht pretio nummario aestimanda, nec dehonestanda; wobei denn aber das Nehmen des Honorars nicht verboten war, — quaedam tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. Donell. comm. lib. 18. c. 2. v. Bynkershoek obs. 6, 3.

3) l. 1. §. 11. D. eod.

4) l. 1. §. 1. 2. 3. 14. D. eod. Doch sollen Aerzte sich in der Krankheit von dem Kranken nichts versprechen lassen, damit sie von dessen Abhängigkeit keinen unbilligen Vortheil ziehen. l. 3. D. eod. l. 9. C. de profess. (10. 52.); wiewohl deßwegen nicht jeder Contract zwischen Krankem und Arzte, der während der Krankheit geschlossen ist für unerlaubt gelten kann. A. M. ist v. Glück Pand. Bd. 16. §. 989. S. 151 f.

5) l. 3. D. de proxen. (50. 14.) Bauer respons. T. 2. Nr. 95. conf. Pufendorf obs. l. c. §. 6. Ihre Belohnung soll mäßig und den Diensten angemessen seyn.

6) Nach einer eigenen Einrichtung am Röm. Hofe konnten die Begleiter des Kaisers sich für ihr Fürwort (suffragium) Etwas bedingen und, wenn es von Erfolg war, das Bedungene fordern. l. un. C. de suffrag. (4. 3.) v. Glück Pand. Bd. 18. §. 1070. Schon Justinian (nov. 8. c. 1.) verbot jedoch alle Versprechen für die Empfehlung zu öffentlichen Aemtern, und in Deutschland möchte auch die Annahme eines Honorars dafür als unerlaubt zu betrachten seyn.

kommt es auf ein vernünftiges Ermessen des Richters [1]) an, wie hoch er die Remuneration berechnen will. Advocaten sollen nach dem Röm. Rechte für eine Sache nie mehr als 100 aurei sich versprechen lassen oder fordern [2]). — Ist eine Person, welche eine Arbeit übernommen hat, sie zu leisten nicht im Stande: so muß sie sogar das Empfangene wieder zurückzahlen und kann also viel weniger eine Remuneration etwa für den Anfang der Arbeit oder für Versäumniß begehren [3]); nur der Advocat soll von der Zurückzahlung frei seyn [4]). — Gehört in Deutschland zu Ausübung einer Wissenschaft oder Kunst oder eines Gewerbes eine besondre Concession von Seiten der Regierungsbehörde: so kann für Dienste, welche ein Nichtconcessionirter geleistet hat, nichts gefordert werden [5]). —

XIII. Von der Verbindlichkeit zur Rückgabe von Sachen, welche der Empfänger nicht behalten kann.

§. 614.

Es kommen zahlreiche Fälle vor, in denen der Empfänger die empfangene Sache nicht behalten kann, weil er sie ohne Grund behalten oder unrechtlich bekommen hat. Diese Fälle sind in gewisse Klassen abgetheilt, für deren jede man ein Rechtsmittel im Röm. Rechte findet, welches den Namen condictio (eigentlich Ansage) noch jetzt behalten hat, obwohl dieser Ausdruck im alten, noch immer nicht genug aufgeklärten Römischen Processe, offenbar eine

1) l. 1. §. 10. D. de extraord. cogn. (50. 13.)

2) l. 1. §. 12. fin. D. de extraord. cogn. (50. 13.)

3) l. 15. §. 6. D. locati (19. 2.)

4) l. 1. §. 13. D. de extr. cognit. (50. 13.) l. 11. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.) Donell. comm. lib 14. c. 23.

5) Weber v. d. natürl. Verbindlichkeit. §. 76.

weit umfassendere Bedeutung hatte [1]). Gegenwärtig gehen die hier abzuhandelnden Condictionen sämmtlich dahin, daß sich der Empfänger mit dem Schaden des Gebers nicht bereichern solle [2]). — Mit welcher andern Quelle von Obligationen (Vertrag oder Delict) man die den Condictionen zum Grunde liegende Thatsache vergleichen solle, ist im Uebrigen zweifelhaft; die condictio indebiti aber wird im Röm. Rechte für eine Klage ausgegeben, die gleichsam aus einem Vertrage [3]), namentlich gleichsam aus dem Darlehnscontracte [4]) hervorgehe. — Alle Condictionen überhaupt gehen aber gegen die Person, nicht gegen die Sache; sind schon ältere Civilklagen und in ihren Wirkungen den actiones stricti juris [5]) beizuzählen; und gehen allemal auf ein dare oportere [6]) des Beklagten, denn dieser soll das Eigenthum der geforderten Sache auf den Kläger übertragen.

A. Von der condictio indebiti [7]).

1. Bedingungen der Klage.

§. 615.

Die Condiction einer Nichtschuld ist eine Klage auf Rückforderung dessen, was der Kläger in der irrigen

1) Vgl. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 3r Bd. §. 32. 33., besonders §. 43. §. 61. §. 62.

2) l. 14. l. 65. §. 4. l. 66. D. de cond. ind. (12. 6.)

3) §. 6. I. de oblig. quae quasi ex contr. (3. 28.) l. 13. §. 2. D. commod. (13. 6.)

4) Gajus III. 91.—§. 1. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) §. 6. I. de obl. qu. q. ex contr. (3. 28.) l. 5 §. 3. D. de O. et A. (44. 7.) Cujacii obs. lib. 8. c. 34. Donelli comm. lib. 14. c. 6.

5) Vergl. jedoch Zimmern a. a. O. §. 62. S. 184.

6) Zimmern ebend. §. 42. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 13. S. 5—7. Wegen dare s. oben §. 375.

7) v. Glück Pand. Bd. 13. §. 827. bis 835.

Meinung hingegeben oder geleistet hatte, er sey zu der Hingabe oder Leistung verpflichtet. Da das Geschäft, wenn der Kläger Fungibilien hingegeben hatte, welche er nun wiederfordert, viel Aehnlichkeit mit der Rückforderung aus dem Darlehn hat: so ist die Ansicht der Römer, welche die condictio indebiti den obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur, zugesellet, leicht zu erklären [1]). — Das erste Erforderniß dieser Condiction ist, daß man Etwas hingegeben, versprochen oder erlassen hat [2]); ob dieß Geleistete Fungibilien oder Nichtfungibilien, Sachen oder Rechte sind, ist gleichgültig. Namentlich geht die Klage auch auf etwas Erlassenes, indem sie dann die Wiederherstellung des Erlassenen bezweckt; z. B. wenn man von einem Andern die Bestellug einer Caution fordern konnte, sie zu fordern aber versäumt: so hat man, wenn nicht besondre Gründe (wie etwa im Processe) die nachmalige Forderung benehmen, die condictio auf die Wiederherstellung der Pflicht zur Cautionsbestellung [3]). — Das zweite Erforderniß der Klage ist, daß das Geleistete eine Nichtschuld gewesen ist, und zwar in dem Maße, daß darauf dem Beklagten auch nicht einmal eine Naturalobligation [4]) gegen denjenigen, welcher ihm gezahlt [5]) hatte, zustand; sollte er diese in Anspruch nehmen können, so hat er die Einrede der vorhandenen Naturalobligation gegen die condictio indebiti und der Kläger muß abgewiesen

1) §. 1. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) §. 6. I. de obl. q. qu. ex contr. (3. 28.)

2) l. 15. §. 1. 2. l. 22. §. 1. l. 26. §. 12. l. 31. D. de cond. indeb. (12. 6.)

3) l. 39. D. eod. l. 3. §. 10. D. si cui plus quam per l. Falcid. (35. 3.)

4) l. 13. pr. D. de cond. ind. (12. 6.)

5) Ob eine Obligation unter andern Personen, z. B. unter dem Empfänger und einem Dritten Statt fand, kommt nicht in Betracht. l. 65. §. 9. D. eod.

werden [1]). Daher findet keine Condiction dessen Statt, wozu man mindestens moralisch [2]) verpflichtet gewesen ist, als man es leistete. Hat der Beklagte aber bloß eine obligatio civilis solcher Art für sich, welche wiederum durch die Replik der Unwirksamkeit aufgehoben werden kann: so kommt sie gegen die condictio indebiti nicht in Betracht [3]). — Man kann annehmen, daß diese condictio begründet ist, allenthalben wo der Condicirende ein Retentionsrecht [4]) an der von ihm weggegebenen Sache hätte ausüben können. — In einigen Verhältnissen wird die Frage, ob Etwas eine Nichtschuld sey, schwieriger. Wenn z. B. Jemand an sich zwar schuldig ist, aber zu früh bezahlt: so liegt offenbar in der zu frühen Zahlung eine Leistung, welche man noch nicht von ihm hätte verlangen können, die also Nichtschuld zu seyn scheint bis zum Augenblicke ihrer Klagbarkeit. Aber das Röm. Recht nimmt dieß nur an bei der von einer wahren [5]) Bedingung abhängigen und dennoch schon berichtigten Schuld, indem es bis zum Eintritt der Bedingung bei dieser Art der zu frühen Bezahlung die condictio indebiti zuläßt. Dagegen [6]) wird die zu frühe Bezahlung einer nur von einem

1) l. 26. §. 12. l. 51. l. 64. D. eod. l. 3. C. de usur. (4.32.)

2) l. 32. §. 2. D. de cond. ind. (12. 6.) „Sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest."

3) l. 26. §. 3. 7. D. eod. l. 5. C. de pactis (2. 3.) Wohin alle rechtlich entkräfteten Obligationen zu ziehen sind, welche dem Zahlenden obgelegen haben mögen l. 40. pr. D. de condict. ind. (12. 6.) Donell. comm. lib. 14. c. 11. v. Glück Pand. Bd. 13. §. 828. S. 82 ff.

4) l. 22. §. 1. l. 33. l. 39. l. 40. §. 1. D. eod. l. 5. §. 2. D. de imp. in rem dot. fact. (25. 1.) Cujacius, ad §. 30. I. de rer. div. Donell. comm. 14, 12.

5) D. i. die, ob sie eintreten werde, wirklich ungewiß ist. Denn ist sie eine solche, quae omni modo exstitura est, so kann die cond. indeb. nicht angestellt werden. l. 18. D. de cond. ind. (12. 6.)

6) l. 10. l. 16—18. l. 56. D. eod. Daß Einige dabei eine Vergütung des Interusurium zu

künftigen Zeitpuncte an (dies) abhängige Schuld nicht als rechtlicher Grund der condictio indebiti angesehen. — Es kommt auch gerade auf diejenige Leistung an, welche man entrichtet hat; war man diese nicht, wohl aber eine andere Jemanden schuldig: so wird der Begriff der Nichtschuld dadurch nicht im Geringsten geändert, die condictio indebiti also nicht gehindert; indessen hat der Beklagte doch an dem nichtschuldig Empfangenen ein Retentionsrecht, bis er zur Leistung der wahren Schuld gelangt [1]). — Das dritte Erforderniß zu Anstellung der condictio ist das Daseyn eines Irrthums in den thatsächlichen Umständen [2]), der bei der Zahlung Statt gefunden. Hat Jemand wissentlich gezahlt, so soll er wie ein Schenkender [3]) betrachtet werden. Hat Jemand im Irrthume über Rechtssätze selbst (s. §. 96.) nichtschuldig geleistet: so kann er das wirklich Geleistete nicht mit der condictio indebiti zurückfordern [4]); wiewohl dieser Satz

fordern zulassen wollen, ist wissenschaftlich nicht begründet. Vgl. Höpfner Comm. üb. d. Instit. §. 742. Note 2.

1) l. 19. §. 3. l. 26. §. 4. D. eod. Wird eine in genere oder alternativ vorhandene Verbindlichkeit irrig deßwegen erfüllt, weil der Verpflichtete zu Leistung einer species verbunden zu seyn meinte: so kann bei Geschäften unter Lebenden die condictio indebiti angestellt werden l. 32. §. 3. D. eod.; bei einer Leistung in Folge eines Vermächtnisses aber nicht l. 19. D. de leg. II. (31.) Wenigstens scheinen auf diese Art die citirten Stellen vereinigt werden zu können.

2) l. 10. C. de juris et fact. ign. (1. 18.) Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Condicirende den Erwerb eines positiven Vortheils oder die Vermeidung eines Nachtheils beabsichtiget. Donell. comm. lib. 1. c. 21. lib. 14. c. 14. Giphanius ad l. 10. C. de jur. ignor. v. Glück Pand. Bd. 13. §. 834. S. 155 fl. A. M. ist Vinnius sel. quaest. l. 1. c. 47. Mühlenbruch im Archiv f. civ. Prax. 2, 35. §. 8. v. Löhr im Magaz. 4, 4. S. 41.

3) l. 21. §. 1. D. de inoff. test. (5. 2.) l. 24. l. 26. §. 3. 8. l. 50. l. 62. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 53. D. de R. J. (50. 17.) l. 9. pr. C. eod. (4. 5.)

4) l. 9. §. 5. D. de jur. et facti ignor. (22. 6.) l. 10. C. eod. (1. 18.) l. 6. 7. C. de

bei einem bloßen Versprechen, das er nichtschuldig gegeben hat, nicht zur Anwendung kommt, da bei diesem, sofern noch nicht wirklich Etwas gegeben ist, die condictio indebiti gebraucht werden kann[1]). — Zwischen einem Nichtwissen der Thatsache und zwischen einem Zweifel, ob sie so oder anders sich verhalte, ist ein offenbarer Unterschied, und diejenige Partei der ältern Röm. Juristen, welche annahm, daß dem Zweifler, welcher nichtschuldig dennoch zahle, die condictio indebiti versagt werden müsse, scheint richtiger geschlossen zu haben; Justinian aber hat in solchen Fällen diese Condiction ausdrücklich[2]) gestattet. — Allenthalben, wo zweifelhaft ist, ob das Rechtsmittel begründet sey, ist die condictio zuzulassen[3]).

2. Eigenschaften der Klage.

§. 616.

Die Eigenthümlichkeiten der Rückforderungsklage finden theils bei der Person des Klägers, theils bei der des Beklagten, dann besonders auch bei Bestimmung der Beweislast und beim Umfange des Rechtsmittels Statt. — Kläger. Die Klage gebührt zunächst demjenigen, welcher unter den im vorigen Paragraphen dargelegten Bedingungen ihres Daseyns eine nichtschuldige Leistung gethan hat. Aus-

cond. indeb. (12. 6.) Die Deutlichkeit dieser Stellen und ihre bestimmte Allgemeinheit läßt nicht zu, aus den Grundsätzen über ignorantia juris überhaupt eine Ausnahme herleiten zu wollen. Denjenigen Personen, welchen eine ignorantia juris immer zu Gute gehalten wird (s. §. 96. S. 213. 214.), muß auch die condict. indeb. in solchen Fällen zugestanden werden. Marckart, exerc. de cond. ind. per error. jur. solut. (in exerc. acad. Harderov. N. 2.)

1) l. 1. pr. D. ut in poss. legator. (36. 4.) (s. §. 618.)

2) l. 11. C. de cond. ind. (4. 5.)

3) l. 41. §. 1. D. de R. J. (50. 17.) Jac. Gothofred. ibid.

nahmsweise aber kommt die condictio indebiti einem Andern zu, als dem Leistenden; nämlich dann, wenn zwischen dem Letztern und dem Andern ein Verhältniß der Vormundschaft, des Mandats [1]), oder der unaufgetragenen Geschäftsführung angenommen werden muß, z. B. wenn Procuratoren für den Prinzipal, Vormünder für den Pflegbefohlnen, in dessen Namen eine Nichtschuld geleistet haben, so hat dieser Andre [2]) die Condiction; oder wenn der Besitzer einer Erbschaft, welcher nicht der Erbe ist, aus dem Nachlasse Nichtschulden (auch nichtschuldige Vermächtnisse) bezahlt hat, so hat der Erbe [3]) die condictio indebiti, wenn dieser um die Zahlung nicht gewußt hatte. — Haben Mehrere zu verschiedenen Zeiten nach einander ein und dieselbe Schuld bezahlt: so ist alles Dasjenige Nichtschuld, was nach einmaliger Berichtigung ferner bezahlt worden ist, und kann mithin von den Zahlenden dieser überflüssigen Leistung condicirt [4]) werden. Haben jedoch Mehrere zugleich gezahlt oder bleibt man darüber zweifelhaft, wer zuletzt gezahlt habe: so kann das Mehrgezahlte als Nichtschuld jeder der Zahlenden nach Maßgabe seiner Zahlungssumme zurückfordern, vorausgesetzt, daß die Leistung in Fungibilien bestanden hat; Nichtfungibilien können natürlich nicht pro rata zurückgefordert werden und der Empfänger soll dann die Wahl haben, wem er das Zuvielgezahlte zurückgeben will [5]). —

1) l. 47. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 8. §. 3. D. ad Sen. Vell. (16. 1.)

2) l. 6. §. 3. l. 46. l. 57. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 6. C. eod. (4. 5.) Geschah die Zahlung von dem Leistenden in dessen eignem Namen, so hat er selbst die Condiction, wenngleich das Geschäft ursprünglich das Interesse des Andern betrifft, wie bei der Bürgschaft l. 47. D. eod. „si autem fidejussor suo nomine“ etc.

3) l. 2. §. 1. fin. l. 3. l. 5. D. eod.

4) l. 25. l. 67. §. 2. D. eod.

5) l. 19. §. 4. l. 20. l. 21. D. eod.

Beklagter. Die condictio indebiti ist lediglich persönlich gegen den Empfänger der Nichtschuld zu gebrauchen, nicht gegen den dritten Innehaber [1]). Hat ein Procurator eine Nichtschuld erhoben, so ist die Rückforderungsklage gegen ihn, nicht gegen seinen Gewaltgeber zu richten, sofern dieser nicht gerade auf Annahme des Nichtschuldigen den Auftrag gestellt, oder dieselbe hinterher genehmiget hat [2]). — War übrigens der Empfänger eine Person, welche Zahlung nicht gültig empfangen kann: so wird er auch nicht durch die Annahme einer Nichtschuld verbindlich gemacht, kann mithin mit der condictio indebiti nicht belangt werden, z. B. ein Pupill, der ohne Beistand seines Vormundes die Nichtschuld empfangen hat [3]). — Beweis [4]). Wenn der Kläger die condictio indebiti anstellt: so kann auf Seiten des Beklagten ein doppeltes Leugnen vorkommen, erstens der geschehenen Zahlung und zweitens der klägerischer Seits behaupteten Nichtschuld. Leugnet er des Klägers Zahlung: so muß der Kläger diesen seinen nächsten Klaggrund beweisen, und beweiset er ihn: so liegt alsdann dem Beklagten die Last des Beweises ob, daß die Zahlung auf eine wirkliche Schuld erfolgt sey. Im Röm. Rechte [5]) wird dieser Beweis der Schuld auf Seiten des den Empfang leugnenden Beklagten, wie es scheint, als eine Strafe seiner Bosheit angesehen. — Wenn aber der Beklagte zwar den Empfang der Zahlung einräumt, aber die Nicht-

1) l 49. D. eod.

2) l. 6. §. 1 2. l. 8. §. 2. l. 57. §. 1. D. eod.

3) §. 1. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) Vgl. Weber v. d. nat. Verbindlichk. §. 71. Not. 16.

4) Voorda Diss. de munere probandi in causa indebiti. Lugd. B. 1775. l. 25. pr. §. 1—4. D. de probat. et praes. (22. 3.) vermuthlich von Tribonian paraphrasirt oder ganz umgearbeitet. — Wegen des Beweises gegen eine Handschrift s. §. 618.

5) l. 25. pr. D. cit. v. Glück Pand. Bd. 13. S. 114.

schuld leugnet, also die Schuld behauptet: so soll der **Kläger** den Beweis der Nichtschuld führen. Jedoch wenn er minderjährig, oder ein Frauenzimmer, oder ein Kriegsmann, oder ein Bauer, kurz ein solcher ist, welchem Rechtsunkunde nachgesehen wird (wohin hierbei auch ein Mensch von schwachem Verstande oder ein in seiner Haushaltung bekanntermaßen nachläßiger Mensch gezählt werden soll, forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidiae deditus)[1]: so soll, wenn klägerischer Seits die **ganze** Zahlung für indebitum ausgegeben wird, der Beklagte den Beweis der Schuld übernehmen. — **Umfang der Klage.** Zunächst geht die Klage auf die nichtschuldig gegebene Sache selbst und bei Fungibilien auf eine gleiche Qualität und Quantität. Ist durch die nichtschuldige Leistung eine Forderung erlassen, so geht die Condiction auf Herstellung der letztern. Wenn nichtschuldig Etwas versprochen, aber noch nicht bezahlt worden ist, so ist zum Zwecke der Aufhebung des Versprechens und auf Rückgabe der etwa ausgestellten Handschrift zu condiciren[2]. Die Rückzahlung oder Rücklieferung des Condicirten geht in ihren nähern Bestimmungen von dem Grundsatze aus, daß der Empfänger bonae fidei possessor ist. (Wäre er dieß nicht, so könnte mit der condictio furtiva gegen ihn vortheilhafter[3]) verfahren werden.) Die nichtschuldige Sa-

1) l. 25. pr. §. 1. D. eod. Wenn diese Begünstigten aber nur einen Theil ihrer Zahlung als Nichtschuld bezeichnen: so müssen sie ihres persönlichen Vortheils ungeachtet, den Beweis der Nichtschuld übernehmen; was auch dann gilt, wenn solche Kläger behaupten, die Schuld habe zwar früher bestanden, sey aber aufgehoben. l. cit. §. 2. v. Glück a. a. O. S. 114—118. Donell. comm. lib. 25. c. 3.

2) l. 5. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 2. §. 3. 4. D. de don. (39 5.) l. 3. C. de cond. ind. (4. 5)

3) Vortheilhafter, aber nicht ausschließlich s. §. 617.

che muß daher dem Condicenten mit den Früchten, jedoch nur mit den gezogenen, restituirt werden; wogegen er die Verwendungen ersetzt erhalten muß, wie jeder bonae fidei possessor [1]). Zinsen kann der Condicent von der Zeit vor dem judicium acceptum nicht fordern; denn die Condictionen sind actiones stricti juris [2]). — Sollte der Beklagte die empfangene Sache im guten Glauben weiter veräußert haben, so ist er nur schuldig, den dafür empfangenen Werth an den Kläger zu bezahlen [3]). Der Beklagte hat ferner bei Sachen, deren bloßer Gebrauch ihm nichtschuldig eingeräumt war, nur soviel herauszugeben, als dieser Gebrauch ihm gerade werth ist; bei Einräumung einer Wohnung z. B. giebt derjenige, welcher sie auf eine gegen ihn angestellte Condiction der Nichtschuld wieder restituiren muß, nur soviel als wofür er sich eine passende Wohnung würde gemiethet haben [4]). — Hat Jemand, der alternativ Zweierlei schuldig war, irrig Beides zusammen bezahlt: so geht die Condiction auf Rückgabe einer der Leistungen, und der Kläger selbst soll, nach Justinians [5]) Entscheidung, die Wahl haben, welche von beiden er condiciren will.

1) l. 25. pr. l. 26. §. 12. (verbis: „vel meis sumptibus" etc.) l. 65. §. 5. D. de cond. ind. (12. 6.) Der Kläger kann also nicht verlangen, was er verloren hat; sondern bloß um was der Beklagte bereichert ist. l. 65. §. 6. 7. l. c.

2) l. 1. C. eod. (4. 5.) Cujac. obs. lib. 8. c. 34. v. Glück Pand. Bd. 13. §. 835. S. 155—165.

3) l. 26. §. 12. verbis: „vel hominem indeb." l. 65. §. 8. D. eod. (12. 6.)

4) l. 65. §. 7. D. eod.

5) l. 26. §. 13. D. eod. vgl. mit l. 10. C. eod. (4. 5.)

3. Ausnahmen der Klagen.

§. 617.

In mehreren Fällen [1]), in welchen die Erfordernisse der condictio indebiti vereinigt scheinen, fällt sie dennoch weg, weil besondre gesetzliche Bestimmung sie verwirft. Sie kann nämlich nicht gebraucht werden: A) Wenn das angebliche indebitum in Folge eines Vergleichs gezahlt worden [2]), — ein Fall, der jedoch beim Zweifel nicht anzunehmen [3]) ist. B) Bei denjenigen Forderungen, welche das Eigenthümliche haben, daß lis infitiando crescit in duplum, d. i. in denen der Beklagte anfangs geleugnet hat, schuldig zu seyn, und dessen nachmals dennoch überwiesen wird, dann aber zur Strafe das Doppelte bezahlen muß, z. B. bei einem depositum miserabile. Die Bestimmung, daß, wenn man in solchen Fällen nichtschuldig bezahlt habe, die Rückforderung der Nichtschuld dennoch nicht angestellt werden solle [4]), scheint ihren Grund darin zu haben, daß man annahm, der Zahlende wolle hierbei lieber, fast wie durch einen Vergleich, sich zur einfachen Leistung bequemen, als durch Leugnen sich der Gefahr des Doppelten aussetzen. C) Wenn der Vater, welcher mit der Peculienklage wegen Verbindlichkeit seines Hauskindes auf soviel belangt worden ist, als das peculium ausmacht,

1) Den Fall der wenigstens moralischen Verbindlichkeit s. §. 615. S. 552. und den der zu frühen Zahlung vor einem völlig gewissen Termine s. ebendaselbst S. 552. u. 553.

2) l. 65. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 23. C. de transact. (2. 4.)

3) l. 11. C. de cond. ind. (4. 5.)

4) l. 4. C. eodem. Vgl. in §. 26. I. de act. (4. 6.) §. 7. I. de obl. qu. quasi ex contr. (3. 28.) Die Beispiele von Fällen, wo lis infitiando crescit in duplum, das depositum miserabile, die Fälle des aquilischen Gesetzes und das Legat zu frommen Zwecken. Vgl. Donell. comm. lib. 14. c. 15. Thibaut, Vers. Bd. 2. Nr. 5. II.

über diesen Betrag hinaus für das Hauskind bezahlt hat [1]), so kann er die condictio indebiti wegen dieses Ueberschießens nicht anstellen. Im ältern Röm. Rechte fand noch ein Fall Statt, in welchem Jemand die condictio indebiti nicht anstellen konnte, nämlich wenn er nichtschuldige Zinsen auf ein wirklich schuldiges Capital [2]) bezahlt hatte; dieß ist aber von Justinian [3]) abgeschafft. — Irrig ist, daß man die condictio indebiti alsdann hat für unanwendbar ausgeben wollen, wenn der Empfänger der Nichtschuld sich im bösen Glauben befindet und mithin die Diebstahls-Condiction gebraucht werden kann [4]); es können vielmehr in diesem Falle beide Klagen nach der Wahl des Klägers gebraucht werden [5]). Daß der Empfänger, um als Dieb behandelt zu werden, die Sache eigentlich gefordert haben müsse, ist nicht erforderlich [6]).

4. Specielle Erörterungen.

§. 618.

Noch sind einige besondre Verhältnisse zu erläutern, in denen die Rückforderungsklage einer Nichtschuld einzelne Eigenthümlichkeiten darbietet. Dieß ist zuerst der Fall, wenn der Zahlende nicht seine eigene, sondern eine fremde Schuld bezahlt hat. Die Art des thatsächlichen Irrthums ist hiebei dreifach. Meint der Zahlende irrig, daß ein Andrer verpflichtet sey, und zahlt in eignem Namen für

1) l. 11. D. de cond. ind. (12. 6.)

2) l. 26. pr. D. eod. S. Thibaut Vers. Bd. 2. Nr. 5. III.

3) l. 18. C. de usurio (4. 32.)

4) l. 18. D. de cond. furt. (13. 1.) l. 43. pr. D. de furtis (47. 2.)

5) l. 37. D. de cond. indeb. (12. 6.)

6) v. Glück Pand. Bd. 13. §. 835. Note 68.

ihn: so kann er seine Zahlung condiciren [1]). Meint er, daß er selbst der eigentliche Schuldner sey, während doch ein Anderer dieß ist: so hat er ebenfalls [2]) die condictio indebiti. Meint er aber, er habe die Verbindlichkeit gegen den Schuldner, für ihn zahlen zu müssen, und irrt hierin, obwohl der Andere wirklich schuldig war: so hat der Empfänger die Berichtigung seiner wahren Forderung erhalten und es kann folglich gegen ihn eine condictio indebiti nicht angestellt werden [3]); nur bleibt dem Zahlenden vorbehalten, von dem wahren Schuldner den Ersatz dessen zu fordern, was demselben durch die irrige Zahlung zu Gute gekommen ist. — Wenn nichtschuldige Dienste geleistet sind, so können diese, der Natur der Sache nach, nicht selbst zurückgefordert werden, doch kann man mit der condictio indebiti den Werth [4]) der Leistungen verlangen. — Wurde nichtschuldig Etwas versprochen: so geht die Condiction auf Freilassung des Versprechens [5]), vorausgesetzt, daß der Versprechende nicht geschenkt und der Andere das Versprechen eines Geschenks angenommen hatte [6]). Bei diesem nichtschuldigen Versprechen soll es selbst

1) l. 47. D. de cond. ind. (12. 6.)

2) l. 31. pr. D. de her. pet. (5. 3.) l. 19. §. 1. l. 65. §. 9. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 38. §. 2. D. de solut. (46. 3.)

3) l. 9. §. 1. D. de cond. causa data (12. 4.) l. 12. D. de novat. (46. 2.) l. 44. D. de cond. ind. (12. 6.) — Die Zahlung an den Gläubiger eines Dritten, bei welcher der Zahlende sich dazu gegen den Gläubiger selbst verbunden hielt, gehört gar nicht hierher, da sie ein einfacher Fall ist und nicht als eine Zahlung für einen Andern betrachtet werden kann.

4) l. 26. §. 12. l. 40. §. 2. D. eod. Wogegen l. 25. D. de praescr. verb. (19. 5.) keinen Widerspruch macht.

5) l. 31. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 3. l. 4. C. eod. (4. 5.) l. 2. §. 3. 4. D. de donat. (39. 5.)

6) Der Versprechende kann es auch auf die Klage ankommen lassen und dann die exceptio indebiti gebrauchen, welche selbst da Statt findet, wo der Promittent eine Naturalobligation hat. l. 20. D. de S. C. Maced. (14. 6.)

auf das Erforderniß des thatsächlichen Irrthums nicht ankommen, sondern die Condiction auch durch einen Irrthum in den Rechtssätzen begründet [1]) seyn; jedoch nur dann, wenn bloß versprochen und in Folge dieses Versprechens noch nichts gegeben worden ist. Sollte das Versprechen in einer Handschrift ausgestellt seyn: so gilt eine besondre Bestimmung für den Beweis. Ist nämlich in der Handschrift, welche der Condicent durch die Klage zurückfordert oder entkräften will, der Grund der Schuld nicht ausgedrückt: so soll dem Beklagten der Beweis obliegen, daß eine wirkliche Schuld vorhanden sey. Ist aber in dem Handscheine die Schuldungsursache angeführt: so muß der Kläger die Behauptung seiner Nichtschuld beweisen, und zwar soll er sich dabei keiner andern als schriftlicher Beweise bedienen dürfen [2]).

B. Von der condictio ob rem datorum [3]).

§. 619.

Wenn Jemandem Etwas gegeben oder geleistet worden ist, damit er in Zukunft wieder Etwas leiste oder doch in Berücksichtigung eines zu erwartenden Umstandes (datio ob rem [4]) d. i. Leistung wegen eines gewissen Zukünftigen), — und es folgt darauf die Gegenleistung oder der erwartete künftige Umstand nicht (causa data causa non secuta): so hat der Leistende eine Condiction gegen den Empfänger, welche condictio ob rem datorum [5]) (d. i. condictio datorum ob rem, Rückfordrung dessen, was

1) l. 1. pr. D. ut. in poss. legat. (36. 4.)

2) l. 25. 4. D. de probat. et praesumt. (22. 3.)

3) Donell. comm. lib. 14. c. 10.

4) l. 1. pr. D. de cond. ob turp. causam (12. 5.)

5) l. 1. §. 1. D. eod.

wegen eines künftigen Umstandes gegeben ist) oder condictio causa data causa non secuta heißt. Sollte aber der zu erwartende künftige Umstand oder die Gegenleistung zwar wirklich eingetreten seyn, jedoch dem Empfänger und nicht dem Geber zur Schande gereichen: so hat der Letztere ebenfalls eine Condiction, die cond. ob turpem causam [1]). Das Röm. Recht sieht es nämlich als eine Unbilligkeit an, daß ein Haben ohne erfüllten Grund, oder ein Haben aus schimpflichem Grunde bestehe.

1. Von der condictio causa data causa non secuta [2]).

a. Im Allgemeinen.

§. 620.

Es lassen sich nicht alle einzelnen Fälle aufzählen, in denen das Röm. Recht eine Rückforderung des Geleisteten gegen denjenigen erlaubt, bei welchem sonst ein Haben ohne erfüllten Grund bestehen würde. Die wichtigsten Fälle sind: bei den ungenannten Contracten [3]); bei einem Vergleiche, wenn die demselben gemäße Zahlung wegen Aufhebung des Vergleichs wiedergefordert [4]) werden kann; bei einer Schenkung [5]) oder einem Vermächtnisse mit Auflage [6]) (sub modo); bei einer Schenkung auf den Todesfall [7]); bei der Mitgift oder bei dem Brautgeschenke, auf welche die Ehe [8]) nicht folgt; wenn Etwas zum Zweck des

1) l. 1. §. 2. D. eod.

2) Donell. comm. lib. 14. c. 20 – 24. v. Glück Pand. Bd. 13. §. 822. 823.

3) s. §. 496.

4) l. 23. §. 3. D. de cond. indeb. (12. 6.)

5) l. 2. 3. 8. C. de cond. ob causam datorum (4. 6.)

6) l. 21. §. 3. D. de annuis leg. (33. 1.) l. 17. de usufr. leg. (33. 2.)

7) l. 12. D. de cond. causa dat. (12. 4.) l. 35. §. 3 D. de mort. caus. don. (39. 6.)

8) l. 7. §. 1. l. 9. pr. D. de cond. caus. data (12. 4.) l. 1. C. eod. (4. 6.) l. 2. l. 10. C. de donat. ante nupt. (5. 3.)

Erwerbs einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses z. B. als Collation oder als Bedingungserfüllung gegeben [1]) ist, dieser Erwerb aber nicht geschieht; wenn an einen Geschäftsführer des Creditors in Erwartung der Genehmigung des Letztern bezahlt wurde [2]), diese Genehmigung jedoch nicht ertheilt wird; u. dgl. m. Bei benannten Contracten kann diese condictio nicht gebraucht werden, weil die Contractsklage selbst zur Verfolgung alles Interesse aus den abgeschlossenen Verträgen bestimmt ist. — Die Rückforderungsklage wegen nicht erfüllten Grundes setzt dreierlei als Erforderniß voraus: nämlich, daß der Kläger Etwas gegeben hat, daß dabei ein gewisser künftiger Erfolg vorausgesetzt worden ist, und daß diese Voraussetzung nicht verwirklicht wird. Es ist jedoch nicht nöthig, daß der Kläger selbst die Leistung gegeben [3]) hat; es reicht hin, daß sie in seinem Namen geschieht. Auch ist ein eigentliches Geben nicht erforderlich, sofern nur eine bestehende Forderung erlassen [4]) worden ist. Der künftige Erfolg, welchen man voraussetzt, braucht keineswegs eine eigentliche Gegenleistung zu seyn; man versteht darunter auch den Eintritt eines Umstandes, welcher nicht von der Willkür der Parteien abhängt. Jedoch muß er keine moralische Schlechtigkeit [5]) enthalten (causa honesta im Gegensatz einer causa turpis), sonst kann unter Umständen allein die condictio ob turpem causam gebraucht werden. Auch muß der

1) l. 1. §. 1. l. 2. l. 13. D. de cond. c. data (12. 4.) l. 65. §. 3. D. de cond. indeb. (12. 6.)

2) l. 14. D. de cond. caus. data (12. 4.)

3) l. 7. pr. l. 9. pr. D. eod.

4) l. 4. l. 10. D. eod. Zu widersprechen scheint l. 9. D. de praescr. verb. (19. 5.), allein Papinian will darin nur sagen, daß in diesem Falle auch die actio praescriptis verbis gebraucht werden könne. Cujacius ad Papinian. Lib. 11. resp. in expl. l. 9.

5) l. 1. pr. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 1. D. de cond. o. t. caus. (12. 5)

Grund ein zukünftiger [1]) seyn, wiewohl wegen causa praeterita in geeigneten Verhältnissen die condictio indebiti erwachsen seyn kann [2]). Es wird hiebei jedoch stets vorausgesetzt, daß die Leistung wesentlich **in Beziehung auf den künftigen Erfolg** [3]) gegeben worden sey. Ist dieser zwar erfolgt, aber hinterher rechtlich wieder aufgehoben [4]): so wird er als nicht erfolgt betrachtet, und läßt diese Condiction zu. Trat er wegen Schuld des Gebenden nicht ein: so findet die Rückforderung im Allgemeinen [5]) nicht Statt, wohl aber alsdann, wenn ausnahmsweise der vereitelte Erfolg als juristisch nothwendig zum Behalten der Leistung angesehen wird, wie bei der Mitgift [6]), welche, wenngleich die Ehe durch die Schuld der leistenden Person vereitelt wird, dennoch condicirt werden kann. Wurde der Erfolg durch einen **Zufall** verhindert, welcher die Handlung dessen trifft, der die Gegenleistung schuldig ist: so kann man im Allgemeinen annehmen, daß die Rückforderung [7]) wegfällt (wegen der ungenannten Contracte siehe den folgenden §.). War der Erfolg **von Anfang an unmöglich**: so findet allerdings die Zurückforderung [8]) Statt; es sey denn, daß die Absicht der Parteien eine Schenkung nachweiset und deren Erfordernisse vorhanden sind. — Die Zurückgabe des Gegebenen, welche der Kläger fordert, muß

1) Wurde der Nichteintritt eines factischen Umstandes zur causa angenommen: so gilt diese so lange für erfüllt, als die Thatsache unterbleibt l. 3. pr. §. 1. D. de cond. caus. dat. (12. 4.) l. 3. C. eod. (4. 6.)

2) l. 52. l. 65. §. 2. D. de cond. ind. (12. 6.)

3) l. 3. §. 7. fin. D. de cond. caus. dat. (12. 4) l. 25. C. de transact. (2. 5.) l. 7. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.)

4) l. 1. pr. l. 2. l. 16. fin. D. eod. (12. 4.)

5) l. 15. C. de don. ante nupt. (5. 3.)

6) l. 1. § 1. D. de cond. caus. data (12. 4.) l. 38. §. 1. D. de usuris (22. 1)

7) l. 10. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.) v. Glück Pand. Bd. 13. §. 828. S. 37 ff.

8) l. 3. §. 5. D. eod. (12. 4.)

auch mit den Früchten der Sache [1]) geschehen; da der Beklagte in gutem Glauben ist, so braucht er nur die gezogenen Früchte zu erstatten; sollte er aber eigens zur diligentia verbunden seyn: so haftet er auch für die versäumten. Zinsen braucht er nicht zu leisten [2]) von dem Zeitraum vor dem Processe; denn die Condiction ist stricti juris. Er kann auch die Erstattung aller nothwendigen und nützlichen auf die Sache verwandten Unkosten [3]) verlangen, wie sie dem bonae fidei possessor erstattet werden müssen. Hat er die Sache veräußert, so braucht er wegen seiner Gutgläubigkeit nur den Werth derselben [4]) zu ersetzen; sollte sie durch einen Zufall in seinem Besitze zu Grunde gegangen seyn: so muß er diesen nach allgemeinen Grundsätzen, wenn er ein genus schuldete, erstatten, wogegen ihn der Kläger trägt, wenn ein Individuum zurückgefordert wird. — Zu bemerken ist noch, daß bei dieser condictio, welche übrigens nach Analogie der cond. indebiti wirkt, der Empfänger für jede Culpa in Rücksicht einer ihm gegebenen species verantwortlich ist [5]). — Einreden gegen die Klage sind: a) daß die causa allerdings erfolgt [6]) sey; welche Einrede jedoch wegfällt, wenn der Geber in Folge eines ihm zustehenden Reuerechts vorher die Erfüllung untersagt hat [7]); b) daß der Empfänger durch die Zurückforderung einen po-

1) l. 7. §. 1. l. 12. D. eod. l. 38. §. 1. 3. D. de usuris (22. 1.)

2) l. 65. §. 4. D. de cond. ind. (12. 6.) scheint dieß zweifelhaft zu machen, da sie sagt: quod ob rem datur *ex bono et aequo* habet repetitionem; allein diese Worte beweisen nicht, daß die cond. ob rem datorum eine actio bonae fidei sey; denn bei der cond. indebiti, welche nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift stricti juris ist, findet man dieselben Ausdrücke.

3) l. 5. pr. §. 2. D. de cond. caus. dat. (12. 4.)

4) arg. l. 26. §. 12. D. de cond. indeb. (12. 6.) verb. „vel hominem" etc.

5) l. 15. D. de cond. c. data (12. 4.)

6) l. 1. pr. D. eod.

7) l. 5. §. 1. D. eod.

sitiven Schaden am Vermögen [1]) oder an der Ehre leide [2]); wobei aber dann dennoch die Klage auf dasjenige gilt, was dem Empfänger übrig bleibt [3]), und die Einrede wieder gehoben wird, wenn derselbe im Verschulden ist [4]).

b. Bei ungenannten Contracten.

§. 621.

Wenn in Folge eines ungenannten Contractes der eine Theil die Leistung entrichtet hat, der andere aber seine Gegenleistung noch schuldig geblieben ist: so kann der erstere sowohl auf Erfüllung, als mit der condictio causa data causa non secūta auf Rückforderung klagen [5]). Die Zulässigkeit der Condiction in diesem Falle hängt allerdings mit der eigenthümlichen Natur der ungenanten Contracte bei den Römern zusammen; und da diese in Deutschland durch nichts aufgehoben worden ist, die Klagbarkeit aller Pacta bei uns das ausgezeichnete Recht der Reue in den besonderen Fällen, welche die Römer zuließen, nicht hat aufheben können: so behält die condictio causa data causa non secuta in diesen Verhältnissen noch heutzutage ihre Anwendbarkeit [6]).

c. Bei nicht erfüllter Auflage von Seiten des Beschenkten oder Legatars.

§. 622.

Wird sub modo eine Schenkung gegeben oder Etwas vermacht, der modus aber vom Beschenkten oder Legatar

1) l. 5. pr. §. 3. 4. D. eod.
2) l. 8. D. eod.
3) l. 5. pr. D. eod.
4) l. 5. pr. D. §. 3. 4. D. eod.
5) l. 3. §. 2. 3. l. 5. pr. §. 1. D. eod.
6) s. §. 496. S. 300. 301. A. M. mit Stryk caut. contr. sect. 3. c. 5. §. 4. 5. war Schweppe.

nicht erfüllt: so hat, außer der Revocationsklage aus der Undankbarkeit [1]) gegen den Beschenkten, auch die condictio causa data causa non secuta Statt auf Rückforderung des Geschenks oder Legats, vorausgesetzt, daß die Nichterfüllung der Auflage vom Beschenkten oder Legatar verschuldet [2]) worden ist. Das Rechtsmittel steht dem Schenker (und dessen Erben) und beim Legate demjenigen zu, welcher es von seinem Erbtheile geben mußte [3]). Besteht der modus in der Auflage einer Alimentirung, so soll die Condiction sogar gegen den dritten Besitzer der individuellen geschenkten oder vermachten Sache gerichtet werden können [4]).

2. Von der condictio ob turpem causam.

§. 623.

Wenn der Empfänger einer Leistung, für welche er eine künftige Gegenleistung schuldig [5]) wurde, sich einer Schlechtigkeit bei dem Empfange schuldig machte: so kann der Gebende das Gegebene condiciren. Es ist dabei gleichgültig, ob die turpis causa demnächst wirklich erfüllt ist, oder nicht; die Einrede der Erfüllung hilft also dem Beklagten nicht. Dazu wird erfordert: A) daß der Condicirende Geld oder sonst Etwas gegeben hat, mag er dabei freiwillig oder gezwungen gehandelt haben [6]); B) daß der Empfang dieses Gegebenen moralisch oder gesetzlich verboten ist. Diese Handlungsweise gegen Pflicht und Recht nennen

1) l. 10. C. de revoc. don. (8. 56.)

2) l. 8. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.)

3) l. 3. l. 8. C. eod. Donell. comm. lib. 14. c. 30.

4) l. 1. C. de don. quae sub modo. (8. 55.)

5) l. 1. pr. D. de cond. o. t. caus. (12. 5.)

6) l. 3. l. 7. C. eod. (4. 7.) l. 1. pr. l. 7. D. eod. (12 5.)

die Römer turpitudo. Sie kann, jenachdem der beabsichtigte künftige Umstand oder doch der Empfang dafür schändlich ist, sich verschiedentlich arten; theils so daß Jemand Etwas annimmt zu dem Zwecke, eine böse Handlung vorzunehmen [1]); theils daß man Bezahlung dafür nimmt, etwas Unerlaubtes [2]) zu unterlassen; theils daß ein Verpflichteter sich Etwas dafür geben läßt, wozu er schon ohnehin verbunden [3]) war; endlich theils als listige oder betrügerische Entlockung, die gerade nicht als Diebstahl angesehen werden kann [4]). — C) Die dritte Voraussetzung der Klage ist, daß der Kläger sich nicht in gleicher [5]) Schändlichkeit befinde, indem die Zurückforderung wegfällt, wenn die Schändlichkeit bloß den Geber [6]) oder beide Theile trifft [7]). Ist im Falle einer gleichen oder auch bloß auf Seiten des Promittenten vorhandenen Unrechtlichkeit noch nichts gegeben: so ist das Versprechen ungültig [8]). Wenn ein Procurator oder filius familias schändlicher Weise gegeben hat, ohne daß der Principal oder Vater an diesem Fehler Theil hatte: so kann Letztrer von dem, welcher schändlich empfing, condiciren [9]). — Ist ein eigentliches mit Annahme einer Sache verbundenes Delict begangen und der Gebende kann nicht condiciren: so hat der Fiscus das

1) Dieß ist causa turpis l. 5. D. eod. l. 5. C. eod., wenngleich wegen der dabei gewöhnlich Statt findenden par turpitudo des Gebers dann die Condiction meistens wegfallen wird.

2) l. 2. pr. l. 4. §. 2. D. eod.

3) l. 2. §. 1. l. 9. pr. §. 1. D. eod. l. 6. 7. C. eod.

4) l. 6. D. eod. l. 6. §. 5. D. rer. amot. (25. 2.)

5) l. 1. §. 2. l. 2. D. de cond. o. t. c. (12. 5.)

6) l. 4. §. 3. D. eod.

7) l. 3. D. eod.

8) l. 5. §. 1. D. de calumn. (3. 6.) „melior causa erit possidentis." l. 3. l. 8. D. de cond. ob turp. caus. (12. 5.) l. 2. 4. 5. C. eod. (4. 7.) Pufendorf obs. Tom. 4. obs. 75. Weber, v. d. nat. Verbindl. §. 68. Not. 4. v. Glück, Pand. Bd. 13. §. 825. Not. 15.

9) l. 5. D. eod.

Recht, das Gegebene zu confiscíren [1]). — Die Klage des Condicenten geht im Allgemeinen auf Herausgabe des Werthes desselben. Der Beklagte muß Alles herausgeben, nicht bloß die Bereicherung, zu deren Zurückgabe jedoch seine Erben nur verpflichtet sind [2]). Eine fruchttragende Sache muß er mit den gezogenen und versäumten Früchten herausgeben, denn er ist immer in dolo und in mora; und ebendeßwegen kann er auch bloß die nothwendigen Verwendungen und die noch vorhandenen nützlichen Verbesserungen ersetzt verlangen [3]). Zinsen aber zahlt er von der Zeit vor dem Processe nicht, weil dergleichen mit einer actio stricti juris [4]) nicht gefordert werden können.

C. Von der condictio ex injusta causa.

§. 624.

Die condictio ex injusta causa [5]) tritt ein, a) wenn sich der Empfänger einseitig die Sache eines Anderen auf eine unrechtliche Art, durch Erpressung [6]), unrechtliche Wegnahme [7]), Benutzung [8]) oder Consumtion [9]) verschafft; b) wenn er wegen eines vergangenen Umstandes auf eine ihm zum Vorwurf gereichende Weise empfing, vorausgesetzt, daß den Geber kein Vorwurf trifft. In den Fällen, in welchen die Klage wegen der einseitigen Anmaßung des Beklagten erhoben wird, sind wohl wegen des

1) l. 32. §. 28. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) l. 9. fin. D. de jure fisci (49. 14.) l. 4. C. de incest. et inut. nupt. (5. 5)

2) l. 5. pr. D. de calum. (3. 6.)

3) l. 38. D. de her. pet. (5. 3.)

4) l. 4. C. de cond. ob turp. caus. (4. 7.)

5) l. 6. D. de cond. ob turp. v. inj. caus. (12. 5.)

6) l. 7. D. eod.

7) l. 25. D. rer. amot. (25. 2.)

8) l. 4. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.)

9) l. 3. C. de cond. ex lege (4. 9.)

demselben zur Last fallenden Verschuldens die Grundsätze der condictio furtiva, sonst aber die der cond. ob turpem causam in allen Beziehungen anzuwenden. — Es fehlt eigentlich in unsern Quellen an einer Erklärung, wie sich die condictio ex injusta causa zur cond. ob turpem causam verhalten habe. Vielleicht ist jenes doch nur eine umfassende Benennung für die cond. ob turp. c. und die cond. sine causa. Der Pandektentitel (12. 5.) verbindet die cond. ex injusta causa mit der ob turpem causam; der Codextitel (4. 9.) mit der sine causa. Auch fallen die Begriffe des Habens ohne Grund und des Habens aus schändlichem Grunde im Begriffe des injustum zusammen. Doch kann man die cond. ex injusta causa von der ob turp. c. besonders dadurch, wie es scheint, wenigstens ohne gezwungene Interpretation, unterscheiden, daß man letztere auf eine künftige, erstere auf eine schon geschehene turpitudo beziehet.

D. Von der Condictio sine causa.

§. 625.

Durch die condictio sine causa füllen die Röm. Juristen, bei denen bekanntlich vorzugsweise praktischer Sinn statt logischer Strenge zu bemerken ist, wiederum die Lükken der vorgekommenen übrigen Condictionen aus, und lassen jene zum Theil sogar mit diesen concurriren [1]). Es fehlt uns im justinianeischen Rechtsbuche die wissenschaftliche Theorie über die cond. sine causa ganz; nur einige ziemlich unbestimmte Anwendungen derselben finden wir, aus denen sich das Folgende abnehmen läßt. — Sie geht im

1) l. 1. l. 5. D. de cond. sine caus. (12. 7.) Cujac. Parat. ad Cod. lib. 4. tit. 9.

Allgemeinen darauf, daß Niemand ein Haben ohne Grund behalten solle, sey es daß zu dem Haben gleich anfangs kein gültiger Rechtsgrund [1]) vorhanden war (nichtiges Geschäft), oder daß der anfängliche rechtliche Grund des Habens nachmals wegfiel. Bei dem gleich anfänglichen Haben ohne Grund concurrirt die condictio sine causa mit der condictio indebiti [2]). Aber erstere ist nicht auf die bestimmten Erfordernisse der letztern beschränkt, sondern geht weiter und namentlich auch auf die Fälle, daß aus einem nichtigen Obligationsverhältnisse gezahlt worden ist [3]); oder daß ungeachtet einer Entwendung die condictio furtiva nicht zu gebrauchen [4]) seyn sollte, um das Gestohlene zu condiciren; oder daß sie mit der condictio ob turpem causam concurrirt, in welchen Fällen der Name condictio ex injusta causa gewöhnlicher scheint, als der der c. sine causa [5]); oder endlich daß sie sogar dann beim gänzlichen Mangel eines Rechtsgrundes des Habens eintritt, wo wegen turpitudo dantis die condictio ob turpem causam nicht angestellt werden kann [6]). — Wo eine rechtliche Ursache des Habens anfangs da war und nachmals wegfällt, concurrirt diese condictio oft mit der cond. ob rem datorum [7]); aber dabei reicht die c. sine causa weiter, da sie nicht, wie jene, als nothwendiges Erforderniß eine zukünftige Erfüllung oder einen künftig zu erwartenden Umstand zum anfänglichen Grunde des Habens verlangt. Da-

1) z. B. daß unbefugter Weise aus dem Vermögen eines Dritten von Jemanden gezahlt worden ist. l. 94. §. 3. D. de solut. (46. 3.)

2) l. 1. pr. l. 3. D. eod.

3) l. 6. D. de don. int. V. et U. (24. 1.)

4) l. 30. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 25. D. rer. amot. (25. 2.)

5) s. §. 624.

6) l. 5. pr. §. 1. D. de cond. sine caus. (12. 7.) Thibaut, civ. Abhandl. S. 332 ff.

7) l. 13. D. de cond. caus. data (12. 4.) l. 3. §. 5. D. de collat. (37. 6.)

her kann sie nach weggefallenem Grunde des Habens namentlich gebraucht werden: a) gegen den Gläubiger, der nach empfangener Zahlung den Schuldschein nicht zurückgiebt, auf dessen Auslieferung [1]); b) gegen den, welcher, ohne Caution [2]) zu machen, Fungibilien im Nießbrauch gehabt hat, am Ende des Nießbrauchs auf Ersatz dieser Fungibilien [3]); c) gegen denjenigen, welchem man einen Schaden ersetzt hat, welcher nachher auf andre Weise vergütet wird [4]); d) gegen denjenigen Contrahenten, welcher zum Zwecke der Abschließung eines Geschäftes vom Mitcontrahenten eine arrha empfangen, das Geschäft nachmals vollzogen, Zahlung oder sonstige Befriedigung bekommen, außerdem aber die arrha noch behalten hat, — auf Rückgabe der arrha [5]). — Uebrigens kann die condictio sine causa nicht bloß auf Rückgabe einer Sache, sondern auch auf Rescission eines Versprechens [6]) gerichtet werden. — Eben wie die condictio indebiti, kann auch die c. sine causa von einem Andern, als dem Geber oder dem ursprünglichen Verlierenden gebraucht werden, vorausgesetzt, daß der Empfänger sine causa besitzt, der Condicirende aber sich verkürzt befindet [7]) und die rei vindicatio nicht mehr gebrauchen kann [8]). Besitzt aber der Empfänger nicht

1) l. 2. C. de cond. ex leg. et sine causa (4. 9.)

2) Denn ist Caution gemacht, so kann aus dieser Vereinbarung geklagt werden.

3) l. 5. §. 1. D. de usufr. earum rer. quae us. (7. 5.)

4) l. 2. D. de cond. sine caus. (12. 7.)

5) l. 11. §. 6. D. de A. E. V. (19. 1.)

6) l. 1. pr. l. 3. D. de cond. sine caus. (12. 7.)

7) l. 23. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 24. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.)

8) Denn sonst muß er sich der Vindication bedienen, da cond. sine causa nur deßwegen eingeführt ist, um dem rechtswidrig Verlierenden gegen den unrechtlichen Besitzer in Ermangelung andrer Rechtsmittel zu Hülfe zu kommen l. 12. fin. D. usufruct. quemadm. cav. (7. 9.) l. 49. D. de neg. gest. (3. 5.) Cujacius Tract. ad African. c. 2. 8. ad leg. cit.

sine causa, so kann diese Condiction nie angestellt werden. Wer z. B. eine Sache nichtschuldig einem Andern giebt, der sie wieder an einen Dritten verschenkt, kann die condictio indebiti gegen den Empfänger zwar anstellen, aber da dieser die Sache nicht mehr besitzt und auch (weil er sie verschenkte) keinen Werth dafür erhalten hat: so bleibt diese Rückforderung der Nichtschuld ohne Wirkung für den Condicirenden. Die condictio sine causa kann er aber gegen den Beschenkten ganz und gar nicht anstellen, denn dieser besitzt keineswegs ohne Grund, vielmehr bekam er die Sache in Folge eines rechtlichen Geschäftes. Daß der Verlierende ohne Grund entbehrt, setzt den Empfänger noch nicht der condictio sine causa aus. — Die Rückforderung aus nichtigen Geschäften verdient noch eine besondre Beachtung. Man hat in neuerer Zeit [1]) gemeint als Regel aufstellen zu müssen, daß aus ungültigen Geschäften nicht zurückgefordert werden könne, theils weil bei deren Erfüllung beide Theile sich in pari turpitudine befänden, theils weil wissentliche Nichtschuld oder Irrthum in Rechtssätzen (von welchen beiden immer eins bei nichtigen Geschäften vorhanden sey) keine Rückforderung gestatteten. Allein hierbei sind wesentliche Trugschlüsse untergelaufen; nämlich erstens, daß Nichtigkeit und turpitudo, zwei ganz verschiedene Begriffe, für eins und dasselbe ausgegeben worden; zweitens, daß mit dem (richtig angegebenen) Wegfallen der condictio indebiti auch die Unanwendbarkeit der cond. sine causa behauptet ist. Diese letztere fällt aber nicht darum weg, weil die cond. indebiti wegfällt. Es ist vielmehr die Rückforderung nur da gänzlich verwer-

1) Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 75—77.; widerlegt von Thibaut, civil. Abhandl. Nr. 14.

sen, wo zur Strafe der Parteien das Geschäft für nichtig angesehen werden soll; dann findet nämlich aus dem nichtigen Geschäfte keine Klage, wohl aber eine obligatio naturalis Statt, in Folge deren der mit der Condiction auf Rückgabe des Erhaltenen beklagte Empfänger die Einrede gebrauchen könnte, daß er keineswegs ohne Grund besitze. In diesem Fall würde die condictio sine causa ohnehin wirkungslos seyn, und ist als ganz unanwendbar anzusehen [1]). Ist aber eine Nichtigkeit des Geschäftes vom Gesetze zu Gunsten des Schuldners [2]), welcher seine Leistung beschafft hat, angenommen: so existirt das Geschäft nicht einmal bis zur Wirkung einer obligatio naturalis, und in solchen Verhältnissen muß der mit der condictio sine causa belangte Empfänger zurückgeben. Indessen sind auch bei dieser Anwendung der Condiction noch verschiedenartige Umstände zu beachten. Ist nämlich die Leistung bloß aus Irrthum [3]) geschehen, so kommt der Unterschied zwischen error facti oder ignorantia in jure nicht weiter in Betracht; sondern der Gebende kann immer condiciren [4]), weil der Empfänger ohne Grund die Sache innehat. Wenn aber der Zahlende wissentlich erfüllte: so liegt in diesem Wissen der Nichtverpflichtung desselben eine causa für den

1) l. 19. pr. l. 40. pr. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 9. §. 4. D. de SCt. Macedon. (14. 6.) „quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit."

2) z. B. wenn derjenige, welcher kein Dispositionsrecht über sein Vermögen hat, Etwas weggiebt, und der Vorgesetzte es dann condicirt, §. 2. I. quib. alien. lic. v. non (2. 8.) l. 29. D. de cond. ind. (12. 6.)

3) Dahin gehört der Fall, daß Geber und Empfänger in Bezug auf eine abgelieferte Sache verschiedene Geschäfte im Sinne hatten und deßhalb Zurückgabe gefordert werden kann, l. 18. pr. D. de reb. cred. (12. 1.); oder der Fall, wenn aus Versehen zuviel von einer Sache geliefert worden ist, l. 18. §. 3. D. de dolo malo (4. 3.)

4) l. 40. pr. l. 54. D. de cond. ind. (12. 6.)

Empfänger, und so muß die condictio sine causa gegen ihn wegfallen [1]); es sey denn, daß selbst Schenkung unter den Theilen ungültig gewesen wäre, oder daß ein Gesetz die Zurückforderung ausnahmsweise (wie bei bezahlten Spielschulden) unbedingt gestattet, weil dann dennoch Haben ohne Grund vorhanden ist. Von selbst versteht sich, daß, wenngleich die condictio sine causa in solchen Fällen wissentlicher Leistung nicht Statt hat, die condictio ob turpem causam anwendbar ist, wenn allein der Empfänger sich in turpitudine befindet. — Ist die zu condicirende Sache durch Schuld des Empfängers nicht mehr da, so hat der Geber die actio ad exhibendum [2]), concurrirend mit der condictio ex injusta causa [3]). — Im Uebrigen hat die cond. sine causa die Eigenschaften der condictio indebiti.

III.

Erlöschungsgründe der Obligationen.

§. 626.

Eine Forderung kann wieder erlöschen, und ihre Bestimmung selbst geht an sich nie auf ein beharrliches Bestehen, wie die der Realrechte, sondern auf eine Beendigung. Jedoch liegt in dem Erlöschen einer bisher bestehenden Obligation eine Rechtsveränderung, daher muß der Schuldner, wenn er deren Eintritt behauptet, den Beweis führen, was am leichtesten durch eine vom berechtigten Empfänger aus-

1) l. 1. §. 1. l. 24. 26. §. 3. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 53. D. de R. I. (50. 17.) l. 9. C. ad SCt. Vellej. (4. 29.)

2) l. 3. § 2. D. ad exhib. (10. 4.)

3) l. 3. C. de cond. ex lege (4. 9.)

gestellte Quitung (apocha) geschieht [1]). Rührt diese aber nicht von einer öffentlichen Kasse her, so hat sie erst nach einem Monate Beweiskraft [2]). Jedoch auch ohne den strengen Beweis der Erlöschung des obligatorischen Verhältnisses wird diese vermuthet: a) wenn der Gläubiger die Handschrift (und zwar falls der Exemplare derselben mehrere sind, alle) [3]) vernichtet [4]), oder dem Schuldner zurückgiebt [5]), (in Rücksicht derjenigen Schuld, über welche die Handschrift ausgestellt worden); b) wenn jährliche Abgaben an den Staat 3 Jahre hinter einander quitirt sind, (in Rücksicht der früheren schuldig gewordenen Abgabetermine) [6]); eine Vermuthung, welche, weil sie in ähnlichen Fällen der Natur der Sache äußerst angemessen ist, als factische Vermuthung weiter ausgedehnt werden darf [7]), jedoch dann nicht als gesetzlich anerkannte geltend zu machen ist. Die Aufhebung selbst erfolgte bei den Römern bald ipso jure [8]), bald ope exceptionis perpetuae [9]), was aber in Rücksicht der wirklichen Befreiung des Schuldners eine gleichkräftige Aufhebung ist [10]); und darum im heutigen Röm. Rechte nicht weiter hervorgehoben zu werden braucht. Uebrigens bleiben nach Abrechnung der allgemeinen Erlöschungsarten der Rechte, als des Eintritts der Resolutivbedingung, — des Eintritts des Endtermins, welcher

1) l. 14. C. de solut. (8. 43.)
2) l. 14. §. 2. C. de non numer. pec. (4. 30.)
3) Vinnii sel. quaest. lib. 1. c. 7.
4) l. 24. D. de probat. (22. 3.)
5) l. 15. C. de solut.
6) l. 3. C. de apochis publ. (10. 22.)
7) Weniger bestimmt sind Pufendorf Obs. I. 162. Kind quaest. for. I. 94.
8) l. 6. l. 17. §. 1. D. de pactis (2. 14.) l. 95. §. 4. D. de solut. (46. 3.)
9) §. 3 — 5. I. de except. (4. 13.)
10) l. 112. D. de R. J. l. 3. §. 1. D. de const. pec. (13. 5.) l. 26. §. 3. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 14. D. de comp. (16. 2.) l. 5. C. de pactis (2. 5.)

aber nicht mehr befreiet, wenn der Schuldner belangt, oder im mora solvendi versetzt ist, — und des Todes des Gläubigers oder Schuldners bei den höchst persönlichen Obligationen —, imgleichen der im Verlauf der Lehre von den Forderungen schon vorgekommenen Erlöschung durch Erfüllung (§. 385.), der gerichtlichen Deposition (§. 391.), des casuellen Untergangs (§. 392.), des Vergleichs (§. 523.), des Compromisses (§. 528.), des außergerichtlichen Eides (§. 531.), des aufhebenden Vertrages (§. 532.), und des rechtskräftigen Urtheiles (§. 612.), — hier nur noch wenige Arten der Aufhebung zu erörtern übrig: a) der Verlust der Güter in Folge einer Capitisdeminution; b) die Confusion; c) die Compensation; d) das Nachlassen von Seiten des Gläubigers oder die Remission; e) die Novation, hier als eine aufhebende Entstehung einer neuen Obligation; f) das Zusammentreffen lucrativer Gründe und endlich g) das Erlöschen einer Forderung durch das Erlöschen einer andern.

I. Verlust der Güter durch Capitisdeminution.

§. 626. a.

Mit dem Verluste der Güter erlischt die Obligation für den bisherigen Inhaber activ und passiv [1]), wenngleich sie auf den Erwerber des Vermögens übergehen kann [2]); indessen kommt in Deutschland der Verlust des ganzen Vermögens wohl nur sehr selten vor. Erfolgt eine Capitisdeminution oder was dem bürgerlichen Tode gleich stehet [3]), mit Verlust der Güter, so entschei-

1) l. 7. §. 2. 3. D. de capit. min. (4. 5.) l. 2. 3. D. de sent. pass. (48. 23.)

2) l. 2. pr. D. de capit. min.

3) §. 61. Thl. 1. S. 151.

det der Grad dieses Verlustes über das Fortbestehen der obligatorischen Verhältnisse des Deminuirten. Behält er noch Vermögen, so erlöschen dennoch seine activen und passiven Obligationen; allein es bleiben bestehen: a) alle Obligationen aus einem Delicte [1]); b) alle, welche nicht dem strengen Civilrechte angehören [2]), sondern eine natürliche Leistung zur Folge haben; ein Begriff, der nicht zu enge zu fassen ist, da selbst die actio de dote, weil sie in bonum et aequum concepta sey [3]), zu den bleibenden gezählt wird. — Landesrechte müssen bestimmen, wie viel von dieser Erlöschungsart noch practisch ist. An sich kann sie, als sey sie mit Römischen formellen Rechten weggefallen, nicht für gänzlich unpractisch erklärt werden; weil es zu dieser Annahme keinen genügenden Grund giebt, insbesondere da die cap. dem. media allerdings vorkommen und privatrechtliche Folgen haben kann [4]).

II. Confusion [5]).

§. 627.

Die Confusion ist gar nicht bloß eine Erlöschungsart **obligatorischer** Verhältnisse, sondern tritt allenthalben [6]) da ein, wo sich in einem und demselben Rechtssubjecte zwei Rechte vereinigen, von denen das eine die Modification oder Beschränkung des andern enthält; wobei dann durch dieß Zusammentreffen das beschränkende Recht von selbst wegfällt und das beschränkte unbeschränkt wird. Nicht

1) l. 2. §. 3. l. 7. §. 1. D. eod.

2) l. 8. l. 9. 10. D. eod. „quia civilis ratio naturalia jure corrumpere non potest.“

3) l. 8. D. cit.

4) A. M. Schweppe §. 61.

5) s. oben §. 145. Thl. 1. S. 309.

6) l. 17. D. quib. m. usufruct. am. (7. 4.)

allein bei den Obligationen kommt diese subjective Concurrenz im Röm. Rechte unter dem Namen confusio [1]) vor. — Durch Vereinigung des Gläubigers und Schuldners zu Einer Person erlischt allerdings auch die Obligation, z. B. wenn der Eine von ihnen den Andern beerbt, oder beide von einem Dritten beerbt werden [2]). Beerbet aber Jemand, welcher für eine Schuld verpflichtet ist, eine für dieselbe Schuld haftende Person, so bleiben dem Gläubiger dennoch zwei Forderungen gegen jenen [3]). Jedoch wenn der eine der Schuldner Haupt-, der andere Nebenschuldner war, erlischt die Nebenforderung [4]), ausgenommen wenn diese die stärkere ist, in welchem Falle beide bleiben [5]). — Wenn eine Correalobligation zum Theil von einer confusio getroffen wird, indem einer oder einige der correi zugleich die entgegengesetzte obligatorische Eigenschaft erhalten: so bleibt die Correalobligation unverändert bestehen, außer wenn die correi zugleich unter einander socii sind, — in welchem Falle die Obligation verhältnißmäßig für jeden

1) l. 4. D. usufr. quemadm. cav.

2) l. 71. pr. D. de fidej. (46. 1.) Dieses Erlöschen hat aber nicht zur Folge, daß das accessorische Pfandrecht der erloschenen Obligation zugleich erlischt l. 38. §. 5. D. de solut. (46. 3.) „pignus obligatum manebit."

3) l. 5. D. eod. Woraus übrigens keineswegs auf einen Anspruch auf doppelte Befriedigung zu schließen ist, nur das obligatorische Verhältniß besteht in beiderlei bisheriger Gestalt; aber si ex altera earum egerit, utramque consument, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.

4) l. 5. l. 14. D. eod. l. 13. D. de duob. reis (45. 2.)

5) l. 21. §. 2. D. de fidejuss. (46. 1.) l. 95. §. 3. D. de solut. (46. 3.) Donelli comm. lib. 16. c. 4. Weber v. d. nat. Verb. §. 128. Nr. 4. — Zu bemerken ist jedoch dabei die Wirkung, welche es auf den Bürgen des Bürgen hat, wenn in der Person des Letztern sich die Verbindlichkeit des Schuldners mit der des Bürgen vereinigt; der Bürge des Bürgen wird dann ohne Weiteres von seiner Verpflichtung befreiet. l. 38. §. 5. D. eod. —

soweit erlischt, als die confusio eingetreten ist [1]). — Als eine Confusion ist es nicht für den Schuldner anzusehen, wenn der Gläubiger bloß Erbe des Bürgen wird, weil dadurch zwar die Intercessionsverbindlichkeit erlischt, aber die Hauptschuld nicht berührt wird [2]). Hört die Confusion nachher wieder auf, so werden auch die Obligationen wieder hergestellt, sofern jene Aufhebung wirklich den vorigen Zustand herzustellen [3]) bestimmt ist (z. B. bei Rescission der Confusion).

III. Compensation.

A. Begriff der Compensation [4]).

§. 628.

Unter den Erlöschungsgründen der Forderungen nimmt die Compensation eine wichtige Stelle ein. Sie ist Aufrechnung einer Forderung durch eine Gegenforderung. Wer diese hat, rechnet gegen den ab, welcher jene erhebt, und diese Abrechnung ist im Röm. Rechte ausdrücklich anerkannt [5]). Sie kann auf Uebereinkunft der Parteien beruhen, compensatio voluntaria, und ist alsdann nach den Grundsätzen des Vertrags zu beurtheilen; aber sie kann auch einseitig von dem Schuldner geltend gemacht werden, compensatio necessaria, und der letztere Fall ist hier vorzugs-

1) l. 71. pr. D. de fidejuss. (46. 1.) M. de Valentia illustr. juris tract. (Col. Agr. 1730) lib. 1. tr. 4. c. 7—10.

2) l. 21. §. 3. l. 71. pr. fin. D. eod. l. 43. fin. D. de solut. (46. 3.)

3) l. 21. §. 2. D. de inoffic. testam. (5. 2.) l. 87. §. 1. D. de acq. v. om. hered. (29. 2.) l. 22 fin. C. de. inoff. testam. (3. 28.)

4) Vgl. Thl. 1. §. 183. d. vom Retentionsrechte S. 405—409, welches in mehreren Rücksichten eine Parallele mit dem Rechte der Compensation bildet.

5) l. 1. 2. 3. D. de compensat. (16. 2.)

weise zu erklären. Sollen gegenseitige Forderungen gegen einander aufgehoben werden: so müssen sie zwischen denselben Personen Statt haben; Niemand kann einer Forderung die seinige an einen Dritten, oder die eines Dritten an den Fordernden entgegensetzen [1]). Davon bildet eine eigenthümliche Verbindung zwischen dem eigentlichen Interessenten und einem Dritten folgende Ausnahme: a) der cedirte Schuldner kann seine Forderung an den Cedenten gegen den Cessionar zur Aufrechnung gegen die Letzterm abgetretene Obligation geltend machen, wenn der Cedent, ehe er dem cedirten Schuldner die Cession bekannt machte, diesem Etwas schuldig wurde [2]); — b) ist der Cessionar dem ihm cedirten Schuldner verpflichtet, so können auch diese beiden Forderungen compensirt werden [3]). — c) Ein Bürge kann, weil er alle Einreden des Hauptschuldners hat, mit dessen Gegenforderung gegen den Gläubiger [4]) compensiren. — d) Vater und Hauskind gelten bei Forderungen und Gegenforderungen im Allgemeinen für Eine Person [5]); weßwegen der Vater, welcher in Anspruch genommen wird, die Forderungen seines Hauskindes an den Belangenden, gegen diesen zur Gegenrechnung bringen, — desgleichen das Hauskind, welches beklagt wird, die Forderungen seines Vaters (jedoch nur wenn es dessen Genehmigung dazu beibringt oder sie beizubringen cavirt) dem Kläger compensirend entgegensetzen kann. Ein Dritter kann aber seine Forderungen an das Hauskind dem klagenden

1) l. 16. pr. l. 18. §. 1. l. 23. D. eod. l. 9. C. eod. (4. 31.) Selbst der correus debendi kann seine Schuld nicht mit der Forderung des andern correus debendi compensiren, außer wenn sie *socii* sind l. 10. D. de duob. reis constit. (45. 2.)

2) l. 18. pr. D. de compens. (16. 2.) Der Cessionar wird dabei stets als procurator in rem suam angesehen.

3) l. 18. pr. D. cit. v. Glück Pand. Bd. 15. §. 933. S. 94 ff.

4) l. 4. l. 5. D. eod.

5) l. 9. pr. §. 1. D. eod.

Vater oder dem klagenden Hauskinde die Forderungen an dessen Vater nur dann zur Compensation bringen, wenn diese Gegenforderungen aus demselben Geschäfte herrühren, aus welchem die geklagten Forderungen entstanden sind. — Viele haben gemeint, daß ein Schuldner des Gemeinschuldners im Concurse Forderung gegen Schuld gar nicht, oder doch nur dann compensiren könnte, wenn erstere vor Ausbruch des Concurses fällig geworden sey. Dieß ist, nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts, keineswegs als richtig anzunehmen. Wenn aber ein Schuldner der Masse des Concurses seine Ansprüche an den Gemeinschuldner oder (falls er durch Cession zu einem solchen Anspruche gekommen) die Ansprüche seines Cedenten gegen eine solche Masseschuld compensiren wollte: so würde er allerdings wegen Verschiedenheit der Subjecte (der Masse d. i. aller Gläubiger, und des Gemeinschuldners) zurückzuweisen seyn [1]). Irrig ist es, dem Vormunde gegen seine Gläubiger die Compensation der Forderungen seines Mündels, oder dem Schuldner des Vormundes die Compensation der Forderung an dessen Mündel zuzugestehen [2]). — Uebrigens ist bei den Personen in dieser Lehre noch zu bemerken, daß der klagende Gläubiger, gegen welchen man compensiren will, nicht ein privilegirter [3]) seyn darf, wenn die Einrede der Compensation schützen soll. — Die Einrede der Compensation gilt aber jedenfalls nur, wenn sie gehörig vorgeschützt wird. Zwar sagt Justinian, daß die Compensation ipso jure [4]) gelte, allein aus seiner Constitution selbst erhellt, daß er damit nur sagen will: wenn diese Einrede gehörig vorgeschützt werde, so sey es so anzusehen, als ob die Compen-

1) Vgl. v. Glück Pand. Bd. 15. §. 934. S. 105 ff.
2) l. 23. D. eod.
3) f. §. 630.
4) l. 14. pr. C. de compens. (4. 31.)

sation vom Anfange der möglichen Gegenrechnung an, und nicht erst vom Zeitpuncte des Vorschützens an, vorhanden gewesen sey. Jedoch hat der Schuldner noch das Vorrecht, diese Einrede zu jeder Zeit, auch sogar nach gesprochenem [1]) richterlichen Urtheil zu gebrauchen [2]). — Die der Compensation ausgesetzten Forderungen und die zum Compensiren gebrauchten Gegenforderungen müssen an sich kein Hinderniß [3]) darbieten, wenn die Gegenrechnung wirklich Statt finden soll. Daher: A) die Gegenforderung, welche der Beklagte zur Compensation vorschützt, muß wenigstens naturaliter [4]) gültig seyn, also keine rechtlich verworfene Obligation. B) Die Gegenforderung muß auf denselben Gegenstand, auf welchen die geklagte Forderung gerichtet ist, insoweit gehen, daß Compensation als gegenseitige Abrechnung oder Bezahlung der Forderung durch die fragliche

1) l. 2. C. eod.

2) Was indessen den Fortgang der liquiden Forderung nicht aufhält, wenn die spät vorgeschützte Compensation auf illiquider Gegenforderung beruhet. l. 14. §. 1 C. eod.

3) Gleiche Größe der Ansprüche wird bei der Gegenrechnung nicht erfordert, denn man kann auch compensiren, soweit die kleinere Forderung reicht. §. 30. 39. I. de act. (4. 6.) l. 4. D. de comp. (16. 2.) l. 4. l. 12. C. eod. (4. 31.)

4) l. 14. D. eod. l. 2. C. eod. vgl. mit l. 6. D. eod. l. 20. §. 2. D. de statu lib. (40. 7.) Die Rechtslehrer haben diesen Satz ehemals öfters bestritten und sich auf l. 14. D. cit. berufen, welche sie mißverstanden, indem sie den Ausdruck „per exceptionem perimi possunt" auf die Naturalobligationen ebenfalls bezogen, als welche doch gewiß durch die Einrede der Nichtklagbarkeit aufgehoben werden könnten. Diese Erklärung ist deßwegen irrig, weil Naturalobligationen durch die Einrede der Nichtklagbarkeit gar nicht getilgt werden (non perimuntur per exceptionem); es wird auf diese Einrede bloß die Klage abgewiesen. Dagegen getilgt werden durch diese Einrede (perimuntur) solche bloß civiliter gültige Obligationen, welche durch Vorschützung ihrer praktischen Unwirksamkeit völlig umgestoßen werden. Vinnius sel. quaest. l. 1. c. 49. Bloße Naturalobligationen (z. B. Forderungen, welche schon verjährt sind) können daher durch Compensation geltend gemacht werden.

Gegenforderung [1]) möglich wird. Diese ist unmöglich, wenn des Einen Forderung auf eine individuelle Sache gerichtet ist, gegen welche selbst nicht einmal eine andere Sache aus derselben Gattung in Abrechnung gebracht werden kann. Es wird daher die Compensation der Regel nach auf die gleiche Gattung von Gegenständen in der Forderung und Gegenforderung beschränkt bleiben, z. B. Fungibilien von einerlei Werth, besonders Geld [2]). Wenn auf der Seite der einen Partei eine alternative Forderung Statt findet, auf der Seite der andern eine specielle, welche mit einer der beiden entgegengesetzten alternativen ihrer Natur nach compensirt werden könnte: so steht der Entschluß, sich der Gegenrechnung zu bedienen, derjenigen Partei frei, welche die Wahl in der Alternative hat; die andere Partei muß sich den Entschluß gefallen lassen [3]). — C) Die excipirte Gegenforderung muß nicht mehr Bedingungen oder Terminen unterworfen, sondern schon fällig [4]), und D) sie muß zur Zeit der begehrten Gegenrechnung gegen die liquide Forderung auch schon liquide seyn, denn etwas Illiquides soll gegen Liquides nicht compensirt werden [5]). Es wird dabei lediglich darauf ankommen, daß der compensirende

1) Paul. R. Sent. II. 5, §. 3.

2) l. 2. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 18. pr. D. de pign. act. (13. 7.) v. Glück a. a. O. §. 930. S. 73.

3) l. 22. D. de compensat. (16. 2.)

4) l. 7. pr. D. eod. Jedoch schadet es dem Compensirenden nicht, wenn er dem Schuldner seiner Gegenforderung eine Zahlungsfrist gestattet hat l. 16. §. 1. D. eod. Aliud est enim, diem obligationis non venisse; aliud, *humanitatis gratia* tempus indulgeri solutionis. Aus diesen Worten ist auch zu entscheiden, daß ein Schuldner, welcher ein Moratorium erlangt und vor Ablauf desselben gegen einen seiner bisherigen Gläubiger eine fällige Forderung erworben hat, diesem die Anwendung der Compensation nicht verweigern darf; denn das Moratorium ist das Analogon einer humanitatis gratia dem Schuldner gestatteten Frist.

5) l. 14. §. 1. C. eod. (4. 31.)

Beklagte seine Gegenforderung früher liquide nachweiset, als gegen ihn der Forderung wegen Execution vollstreckt wird; gleichgültig, ob er seine Gegenrechnung separat zur Liquidität gebracht oder im ersten Processe gleichen Schrittes mit der Forderung des Gegners erwiesen hat. Wird vor dem Zeitpuncte der Liquidität der vorgeschützten Gegenforderung die Execution wegen der Forderung vollstreckt, nachmals aber erstere auch liquide gemacht: so kann das Gezahlte zwar nicht, mit Bezug auf die gebrauchte Einrede der Compensation, mit der condictio indebiti zurückgefordert werden [1]); aber der Excipient hat immer noch seine Klage aus der Gegenforderung, falls sie zur Klage, nicht bloß zur Exception, berechtigt [2]). Wenn jedoch die Gegenforderung als überhaupt ungegründet verworfen wird, so kann nicht weiter daraus geklagt [3]) werden. — E) Einer Forderung aus einem Depositum kann die Einrede der Compensation, selbst nicht mit einer Gegenforderung ebenfalls aus einem Depositum, entgegengestellt werden [4]); und eben so kann gegen eine Klage, die aus widerrechtlichem Besitze des Beklagten entsteht, keine Compensation eingewandt werden [5]). — Zu bemerken ist noch, daß bei übrigens zuläßiger Compensation die Ansprüche nicht gerade

1) vgl. Vinnius sel. quaest. L. 1. c. 30. Pufendorf T. 1. Obs 178. Weber v. d. natürl. Verbind. §. 97. desselben Beiträge z. d. Lehre v. d. Kl. 1. St. Nr. 6. Archiv für civ. Praxis 2. Bd. 2. Hft. Nr. 17.; 4. Bd. 2. Hft. Nr. 13. 14. — Der Richter hat die Compensation nicht zugelassen, folglich fand kein indebitum Statt. f. l. 36. D. de cond. ind. (12. 6.)

2) l. 8. §. 2. D. de negot. gest. (3. 5.) l. 1. §. 4. D. de contr. tut. (27. 4.) Es müßte denn sein, daß die mehrmals unterlassene Compensation zu einem Schlusse auf Erlöschung berechtigte. l. 26. D. de probat. (22. 3.) Weber v. d. Beweisführung V. Not. 8. v. Glück Pand. Bd. 21. S. 391 f.

3) l. 7. §. 1. D. eod. (16. 2.)

4) §. 30. fin. I. de act. (4. 6.) l. 11. pr. C. depositi (4. 34.) l. 14. §. 1. fin. C. de compens. (4. 31.)

5) l. 14. §. 2. C. eod.

auch in den Nebenbestimmungen gleich geeigenschaftet zu seyn brauchen, z. B. eine zinstragende Forderung kann sehr wohl mit einer unverzinslichen compensirt werden [1]); desgleichen wenn die Zahlung der einen Forderung an einem gewissen Orte bestimmt worden ist und dagegen Compensation eintritt: so muß das Interesse der berechtigten Partei an der örtlich festgesetzten Zahlung gleichfalls in Berechnung kommen [2]). — Welcher Klage der Beklagte die Einrede der Compensation entgegenstellt, ist gleichgültig, sofern sich übrigens die Gegenstände zur Compensation eigenen [3]). Auch gegenseitige Delicte können compensirt werden, sofern bloß von den Privatansprüchen der Parteien, nicht von öffentlicher Strafe die Rede ist [4]). — Daß die Forderung eidlich bestärkt ist, hindert die Compensation nicht [5]).

B. Wirkung der Compensation.

§. 629.

Die Wirkung der vorgeschützten und durchgesetzten Compensation ist im Allgemeinen der Zahlung gleich [6]), und hebt also von selbst die Verbindlichkeit auf. Der im ältern Rechte hierbei noch Statt findende Unterschied zwischen actionibus stricti juris und act. bonae fidei ist von Ju-

1) l. 11. 12. D. eod.
2) l. 15. D. eod.
3) Unter dieser Beschränkung kann daher auch gegen eine actio in rem die Einrede der Gegenrechnung gebraucht werden; weil der Beklagte statt der Sache unter Umständen eine Vergütung des Werthes geben kann oder muß. §. 30. I. de act. (4. 6.) l. 10. §. 2. 3. D. de compens. (16. 2.) l. 14. pr. C. eod. (4. 31.)
4) l. 3. §. 3 D. de eo, per quem factum erit (2. 10.) l. 10. pr. D. de compens. (16. 2.) l. 57. §. 3. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 2. §. 4. l. 13. §. 5. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5.)
5) v. Glück Pand. Bd. 15. §. 934. S. 104 f.
6) l. 4. D. qui potior. in pign. (20. 4.) l. 76. D. de V. S. (50. 16.)

stinian [1]) aufgehoben. — Aus dem Wesen der Compensation folgt, daß sie rückwärts wirkt, d. i. daß die Forderungen schon von dem Zeitpuncte an als sich aufhebend betrachtet werden, in welchem sie gegenseitig geworden sind; mithin nicht erst nach vorgeschützter Exception der Gegenrechnung [2]). Dieß hat Einfluß auf die Zinsenberechnung, welche hiernach geordnet werden muß. Sollte sich finden, daß zuviel Zinsen wegen mangelnder Rücksicht auf die nun zur Compensation gebrachte Gegenforderung bezahlt sind: so kann das Zuviel als Nichtschuld zurückgefordert werden [3]). — Auch ergiebt sich aus dem obigen Grundsatze, daß die Compensation, welche ein correus promittendi vorgenommen hat, seinen Mitschuldnern zu Statten kommt; und daß im umgekehrten Verhältnisse die Compensation, welche ein correus stipulandi vorgeschützt hat, seine Mitgläubiger ebenfalls trifft [4]). — Wenn mehrere Forderungen neben einander bestehen, auf deren eine oder einige sich die Compensation beziehen kann: so entstehen näher ins Auge zu fassende Verhältnisse. Hat nämlich der beklagte Schuldner mehrere zur Gegenrechnung zu bringende Gegenforderungen: so steht ihm die Wahl frei [5]), die Einrede der Compensation zu beziehen, auf welche von denselben er will. Hat der klagende Gläubiger mehrere Forderungen,

1) §. 30. I. de act. (4. 6.) l. 14. pr. C. de compensat. (4. 31.) s. Schweppe Rechtsgesch. §. 339.

2) l. 4. C. eodem. §. 30. I. de act. (4. 6.)

3) l. 5. C. de compens. (4. 31.) l. 7. C. de solut. (8. 43.) l. 10. §. 1. D. de compens. (16. 2.)

4) Diesen Folgen des Grundsatzes, daß Compensation Zahlung sey, widerspricht auch l. 10. D. de duob. reis (45. 2.) nicht, weil es etwas Anderes ist, ob wegen der Rechte oder Verpflichtungen des einen correus der andere auf Compensation Anspruch machen kann, und etwas Anderes, ob ein correus von der schon geschehenen Compensation des andern Vortheil ziehet oder sie sich gefallen lassen muß.

5) l. 5. D. de compens. (16. 2.)

welche er zugleich gerichtlich geltend macht: so kann der Schuldner erklären, gegen welche er seine Gegenforderung aufrechnen will, und dem Gläubiger kann diese Wahl deßwegen nicht freistehen, weil die Compensation als Einrede gebraucht wird, worin der Kläger dem Beklagten nichts vorzuschreiben hat. Sollte der Schuldner sich beim Vorschützen der Gegenforderung nicht erklärt haben, gegen welche Forderung er abrechnen wolle: so treten die allgemeinen [1]) Grundsätze ein, nach denen zunächst die lästigere Schuld getilgt werden muß.

C. Compensation gegen den Fiscus.

§. 630.

Die Compensation, welche man gegen den Fiscus vorbringen will, ist durch dessen Vorrechte in einigen Puncten beschränkt. Nicht nur soll der Forderung einer in den Fiscus verrechnenden (unter ihm stehenden) Station (Bureau, Kasse, Administration) die Schuld andrer solcher Stationen oder des Fiscus selbst nicht zur Compensation entgegengesetzt werden [2]); sondern es darf auch derjenige, welcher dem Fiscus Kaufgelder schuldet, ihm gegen die Einklagung derselben die Einrede der Compensation nicht aufstellen [3]). — Auch haben der Staat und die Städte, welchen ihre eigene Verwaltung zustehet, in folgenden Fällen das Recht, die gegen sie gebrauchte Einrede der Compensation sich nicht gefallen zu lassen: a) wenn sie auf Rückzahlung eines baa-

1) s. §. 385.

2) Ist aber der Fiscus selbst der Kläger: so kann man ihm die Schulden eines seiner Bureaux zur Compensation opponiren; ist er Beklagter, so kann er auch die Forderungen einer seiner in ihn verrechnenden Stationen mittelst Einrede zur Abrechnung bringen. l. 1. C. de compens. (4. 31.) l. 12. pr. D. eod. (16. 2.) l. 46. §. 5. de jure fisci (49. 14.) Pufendorf T. 3. obs. 29.

3) l. 7. C. de compens. (4. 31.)

ren Gelddarlehns klagen [1]); b) wenn sie Steuern, Zölle oder Naturallieferungen [2]), welche ihnen zukommen, einziehen; c) wenn gegen den Schuldner auf Zahlung von Summen oder Leistungen geklagt wird, die zu einem bestimmten Zwecke [3]) ausgesetzt sind (statutis sumptibus), und d) wenn die Klage auf Berichtigung eines Fideicommisses geht [4]). — Auch findet beim Fiscus noch die besondre Bestimmung Statt, daß wer gegen ihn Compensation gebraucht, im Falle des Ableugnens auf Seiten des Fiscus, seine Behauptung binnen zwei Monaten klar machen muß, widrigenfalls er damit nicht zur Gegenrechnung zugelassen, vielmehr zum besondern Verfahren verwiesen werden muß [5]).

IV. Remission [6]).

§. 631.

Ein remissorischer Vertrag ist ein solcher, durch welchen ein Gläubiger auf sein Forderungsrecht Verzicht leistet, entweder nur auf eine Zeitlang [7]) oder auch auf immer, — entweder nur für einen Theil der Forderung oder für das Ganze. Im Röm.

1) l. 3. C. eod. Ueber die Bedeutung des Ausdruckes „si ex calendario" s. Averan. int. Lib. 2. c. 28. N 5.

2) l. 3. C. cit. Diese Bestimmung nicht gelten lassen zu wollen, wenn der Schuldner solcher Naturallieferungen im Vorschuß ist, ist eben so willkürlich, als sie dahin auszudehnen, daß man im Allgemeinen eine Forderung mit schuldigen Alimenten nicht compensiren könnte. Vgl. jedoch Thibaut Pand. Syst. §. 1000.

3) l. 3. C. cit. Zu lesen ist ejus *quae* statutis sumptibus serv.

4) l. 3. C. cit. Vgl. über diese Vorrechte des Fiscus u. der Municipien überhaupt Schilter Ex. ad P. ex. 28. §. 24. — 40.

5) l. 46. §. 4. D. de jure fisci (49. 14.)

6) Vgl. Schweppe RGsch. §. 340.

7) Remissionen auf eine Zeitlang suspendiren nicht einmal den Fortlauf der Vertragszinsen. l. 8. §. 2. D. de lib. leg. (34. 3.)

Rechte konnte [1]) eine solche Verzichtleistung geschehen durch acceptilatio, d. i. förmliche Stipulation des Gläubigers, eine Schuld als berichtigt [2]) gelten zu lassen (imaginaria solutio), — oder durch ein pactum de non petendo (auch pactum schlichtweg), d. i. einen einfachen Vertrag unter den Theilen, daß der Gläubiger die Schuld nicht einfordern solle und wolle. Da die Acceptilation eine umgekehrte Form der Stipulation und ein genau begrenztes Correlat dieser war: so konnte ein anderes obligatorisches Verhältniß nicht durch Acceptilation aufgehoben werden, wenn man es nicht zuvörderst in die Form der Stipulation gebracht hatte [3]). — Die Acceptilation ist ihrer Form nach verschwunden und uns zum Zwecke der Remission bloß das pactum de non petendo mit umfassender Wirksamkeit übrig geblieben; indessen ist es von Wichtigkeit, den Begriff derselben, welcher die Wirkung der Zahlung enthält, von dem des bloßen pactum de non petendo zu trennen. — Auf die remissorische Erklärung des Gläubigers wird der Schuldner in der Regel nicht bei seiner Schuld beharren wollen; daher kommt es, daß die Quellen von einer Annahme der Remission auf Seiten des Schuldners öfters nichts erwähnen, doch kann er nicht gegen seinen Willen [4]) liberirt werden und es gehört

1) Im Röm. Rechte waren die Wirkungen der Acceptilation andre, als die des pactum de non petendo. Erstere hob die Forderung ipso jure auf und war der Zahlung gleich l. 7. §. 1. D. de liberat legat. (34. 3.) l. 16. pr. D. de acceptil. (46. 4.); letzteres wirkte in der Regel nur per exceptionem, da es bloß die Consensualcontracte, die obligatio naturalis, die actio furti und die actio injuriarum schon ipso jure aufhob. §. 3. I. de exception. (4. 13.) l. 17. §. 1. l. 27. §. 2. D. de pactis (2. 14.) l. 95. §. 4. D. de solut. (46. 3.) Die acceptilatio gehörte zu den actus legitimi. l. 77. D. de R. I. (50. 17.)

2) Daher geht die Acceptilation nicht auf eine Zeitlang, sondern auf immer.

3) §. 1. I. quib. mod. toll. obl. (3. 30.)

4) l. 23. D. de pactis (2. 14.) Höpfner Comm. üb. d. Inst. §. 732. Not. 1.

die Acceptation des Erlasses zur Gültigkeit der Liberation [1]). Jedoch ist überhaupt keine ausdrückliche Abschließung eines pacti de non petendo erforderlich, da Schlußberechtigende Thatsachen auch hier hinreichen; z. B. wenn unter übrigens geeigneten Umständen der Gläubiger dem Schuldner [2]) den Schuldschein zurückgiebt, oder diesem erlaubt, die bestimmte schuldige Sache zu veräußern [3]). — Es fragt sich, ob, wenn der Erlaß einer Forderung über 500 solidi sich beläuft, eine Insinuation desselben in den öffentlichen Acten erforderlich ist, da man eine Remission, sofern sie unentgeltlich geschiehet, der Schenkung wohl vergleichen kann. Zwar ist jene keine eigentliche Schenkung; da aber der Zwecke der Insinuation der Schenkung bei der unentgeltlichen oder für ein unverhältnißmäßig keines Aequivalent gegebenen Remission unverkennbar wiederum angenommen werden muß: so ist auch bei dem Erlasse einer so großen Forderung die Insinuation für erforderlich zu halten [4]). Jedoch im Falle der Remission von Zinsen bedarf es der Insinuation nicht, sollten sich diese auch weit über 500 solidi belaufen [5]). — Es muß bei der Remission aus den Erklärungen der Theile und nach den allgemeinen Interpretationsregeln die Frage entschieden werden, was und in wieweit remittirt worden sey; jedoch ist, da man nie präsumiren kann, daß Jemand seine Befugnisse aufopfern

1) l. 91. D. de solution. (46. 3) Die für das Gegentheil angeführten l. 23. u. l. 53. D. eod. sagen das Entgegengesetzte durchaus nicht, indem darin von einer Remission überhaupt nicht, sondern von der Zahlung eines Dritten für den Schuldner oder vom judicium accipere für denselben die Rede ist.

2) s. §. 626. vgl. l. 2. §. 1. D. de pactis (2. 14.) l. 3. §. 1. D. de liber. leg. (34. 3.) l. 59. D. de leg. III. (32.)

3) l. 120. §. 1. D. de leg. I. (30.)

4) H. G. Bauer respons. T. 2. Nr. 68. l. 1. §. 1. D. quib. mod. pign. solo. (20. 6.) Pufendorf animadv. 117.

5) l. 23. pr. D. de donat. (39. 5.)

wolle, hierbei nur eine strenge Auslegung zu gestatten [1]). Aus den Umständen und der Verabredung der Theile muß sich ebenfalls ergeben, ob, im Falle der Remission bei zweiseitigen Geschäften, die Verbindlichkeit des Remittenten zugleich mit seiner Remission aufhöre [2]). — Ist der Erlaß auf die Schuld selbst gerichtet (in rem), was gewöhnlich der Fall seyn wird und daher im Zweifel anzunehmen ist [3]), so kommt sie auch den Erben des Schuldners zu Gute; diese können aber keinen Anspruch darauf machen [4]), wenn sie nur der Person des Schuldners [5]) eingeräumt ist (in personam). —

V. Novation.

A. Ohne Rücksicht auf einen Rechtsstreit.

1. Im Allgemeinen.

§. 632.

Man pflegt öfters unter dem Namen Novation mehr zu verstehen, als die Römer darunter verstanden, indem man mit diesem Namen jede Veränderung eines obligatorischen Verhältnisses belegt, durch welche das Recht des Gläubigers nicht ganz aufgehoben wird. Man theilt dann Novationen in privative und cumulative, und ver-

1) s. Thl. 1. §. 124. u. Thl. 3. §. 423.

2) Im Zweifel soll die Befreiung des Remittenten angenommen werden, wenn von der entgegengesetzten Seite noch nicht erfüllt worden ist. l. 1. l. 5. pr. D. de rescind. vendit. (18. 5.) l. 23. D. de acceptil. (46. 4.) Im Allgemeinen nimmt aber das Röm. R. an, daß die Remission des einen Theils die Remission des andern nicht nach sich ziehe. l. 56. D. de pactis. (2. 14.)

3) l. 9 D. de probat. (22. 3.) l. 15. D. de liber. leg. (34. 3.)

4) l. 25. §. 1. D. de pactis. (2. 14.)

5) l. 7. §. 8. D. eod.

steht unter jener eine Veränderung, durch welche die vorige Obligation ganz aufgehoben, ihr aber eine neue substituirt wird; unter cumulativer dagegen eine solche Veränderung, welche die alte Forderung im Wesentlichen bestehen läßt und nur einen Zusatz oder eine Modification damit vereinigt [1]). Eine andere neuere Eintheilung der Novationen ist die in nothwendige und willkürliche [2]). Die nothwendige nimmt man dann an, wenn die Veränderung ohne den Willen des Schuldners, bloß in Folge gesetzlicher Anordnung geschiehet, z. B. durch die Folgen der Litiscontestation im Processe und selbst sogar durch die der Eideszuschiebung [3]). Die willkürliche Novation besteht dagegen in einer Veränderung, die nur von der freien Uebereinkunft der Parteien herbeigeführt wird. — Im Röm. Rechte heißt nur die privative und willkürliche eine novatio [4]). — Die Aufhebung einer solchen Obligation durch Substituirung einer neuen ist entweder einfach oder per expromissionem. Einfach wird sie genannt, wenn der Schuldner derselbe bleibt; per expromissionem, wenn an seine Stelle ein andrer Schuldner tritt. — Die Novation forderte bei den Römern [5]) immer eine Stipulation [6]), falls nicht aus-

1) Wodurch dann zwei Ansprüche entstehen, unter denen der Gläubiger wählen kann; wird aber der eine befriedigt, so fällt der andre weg. l. 8. §. 5. D. de nov. (46 2.)

2) Anlaß zu dieser Eintheilung hat l. 29. D. eod. gegeben.

3) s. §. 634.

4) l. 1. pr. D. eod. Ulpian. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio; hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.

5) l. 91. §. 6. de V. O. (45. 1.) l. 1. 2. D. de nov. (46. 2.) l. 2. C. de exec. rei jud. (7. 53.) l 6. C. si cert. pet. (4. 2) Donell. comm. jur. civ. 16, 20. Hasse D. an novatio voluntaria esse possit citra stipulationem. Kil. 1811.

6) Daher der Ausdruck stipulatio für die (privative) Novation. Cujacii Parat. ad Cod. 8, 41.

nahmsweise durch ein einfaches Pactum [1]) die vorige Obligation ipso jure aufgehoben wurde. Auch war es bei den Römern keine eigentliche Novation, wenn man die frühere Obligation abgesondert aufhob und wieder abgesondert eine neue wieder contrahirte [2]). — Bei uns fällt die besondere Form der Novation hinweg; ein einfaches Pactum genügt dafür, falls bestimmt ausgedrückt worden ist, daß die alte Forderung erlöschen und die neue an ihre Stelle treten solle. Nur der Gläubiger kann eine Novation eingehen, welcher im Allgemeinen fähig ist, Verträge zu schließen, und welcher Zahlung gültig annehmen kann [3]). Sollte die frühere Forderung ungültig gewesen seyn, so würde auch der neuen die Gültigkeit fehlen; deßwegen wird Gültigkeit der novirten alten Forderung nöthig seyn; jedoch reicht es hin, daß sie naturalis obligatio war [4]), und ihr Gegenstand nebst der Schuldungsursache sind für die neue, auf sie gebauete Obligation gleichgültig. Termine und Bedingungen der alten Obligation brauchen zur Zeit der Novation noch nicht eingetreten [5]) zu seyn; wenn aber die Bedingung der alten nicht eintritt, so gilt auch die neue Forderung nicht, welche erst dann Gültigkeit erhält, wenn die alte zur Gültigkeit gelangt seyn würde. — Sollte die neue Obligation sich ungültig erweisen: so bleibt die alte bestehen; jedoch reicht zur Aufhebung der

1) s. §. 631. S. 591. N. 1.

2) l. 56. §. 3. D. de V. O. (45. 1.)

3) l. 1. fin. l. 3. D. de nov. (46. 2.) l. 10. l. 20. §. 1. l. 34. §. 1. D. eod. Dem solutionis causa adjectus kann zwar gültig gezahlt werden, aber ihm fehlt das Recht zu noviren l. 10. l. 21. D. eod. l. 10. D. de solut. (46. 3.); und der filiusfamilias kann in seinem peculium profectitium nicht noviren, wenn der Vater ihm nicht die freie Verwaltung desselben übertragen hat. l. 25. l. 34. pr. D. de nov. (46. 2.) l. 27. pr. D. de pactis (2. 14.)

4) l. 1. §. 1. l. 2. D. de novat. (46. 2.)

5) l. 5. l. 8. §. 1. l. 14. §. 1. D. eod.

alten hin, wenn die neue auch bloß naturaliter [1]) gültig wird. — Die Absicht, zu noviren, d. h. die neue Obligation an die Stelle der alten treten zu lassen, wurde nach vor-justinianischem Rechte aus einigen Vermuthungsgründen geschlossen; Justinian aber hat festgesetzt, daß die Novation von den Parteien ausdrücklich angezeigt werden müsse, und dieß kann niemals stillschweigend geschehen [2]), es sey denn, daß die neue Obligation mit der alten ganz unverträglich wäre, und es mithin rechtlich unmöglich würde, die alte Obligation neben der neuen bestehen zu lassen [3]). Ist es zweifelhaft, ob novirt sey oder nicht: so ist die Vermuthung stets gegen die Novation. Steht aber das Daseyn einer Novation fest: so ist ihre Wirkung, a) daß die alte Obligation durch das bloße Daseyn, nicht erst durch die

1) Daher kann z. B. ein Pupill die Schuld eines Andern noviren. §. 3. I. quib. mod. toll. obl. (3. 30.) Hiernach ist der in dieser Stelle gebrauchte Ausdruck „posterior obligatio nulla est" zu beurtheilen. — Entsteht eine neue Obligation unter Hinzufügung einer Bedingung: so bleibt die alte bestehen, falls die Bedingung der neuen nicht eintritt. §. 3. I. cit. „quod autem" etc. l. 30. §. 2. D. de pactis (2. 14.) l. 8. §. 1. fin. l. 14. pr. D. de novat. (46. 2.) Sollte die Absicht der Parteien seyn, die neue jedenfalls, auch wenn die Bedingung nicht eintritt, bestehen und die alte jedenfalls erlöschen zu lassen: so ist dieß wieder keine wahre Novation und es muß diese besondre Absicht, wegen Abweichung von der Rechtsregel, im Zweifel bewiesen werden. S. oben, und Note 2. voriger Seite.

2) l. 2. l. 8. §. 1. 2. l. 28. D. de nov. (43. 2.) l. 8. C. eod. (8. 42.) §. 3. I. quib. mod. toll. obl. (3. 30.) „sed cum hoc quidem inter veteres" etc. Theophil. Paraphr. ibid.

3) Manche meinen, da Justinian bloß Streitigkeiten habe vermeiden wollen, so sey novatio vorhanden, falls nur die Absicht derselben klar sey, wenngleich nicht durch ausdrückliche Worte ausgesprochen. Allein dieß ist der Verordnung Justinians gänzlich zuwider. l. 8. C. cit. verb.: nisi ipsi *specialiter* remiserint priorem obligationem, et *hoc expresserint* etc. — Fehlt bei einer im Uebrigen bewiesenen Novationsabsicht die ausdrückliche Erklärung: so soll die alte Obligation bestehen und die neue hinzukommen l. 8. C. cit.; sie gewähren dann beide electiv eine Klage, bis die eine von ihnen erfüllt ist. Werlhof D. ad l. 8. C. de novation.

Erfüllung der neuen Obligation getilgt [1]) wird. Sollte die neue auch nachmals wieder wegfallen (vorausgesetzt, daß sie nicht völlig rescindirt wird): so lebt die alte dennoch nicht wieder [2]) auf; auch fallen deren Nebenbestimmungen und Accessionen als Einreden, Bürgschaften, Pfandbestellung, Verabredung einer Conventionalstrafe oder Vorzugsrechte mit ihr [3]) hinweg. Auch die mora der alten Obligation wird durch die Existenz [4]) der neuen Forderung aufgehoben. Die Klage aus der Novation war bei den Römern ex stipulatu, bei uns ist sie ex pacto.

2. Mittelst Veränderung des Gläubigers oder Schuldners [5]).

§. 633.

Die Novation mittelst Veränderung der Subjecte der Forderung verdient eine besondere Beachtung. A) Wenn der Schuldner verändert wird: so kann dieß mittelst einer Delegation [6]) oder ohne sie geschehen. Die Delegation besteht in diesem Verhältnisse darin, daß der Schuldner (delegans) einem Andern (delegatus) den Auftrag [7]) giebt, statt seiner beim Gläubiger (delegatarius) einzu-

1) §. 3. init. I. quib. mod. toll. obl. (3. 30) l. 3. fin. C. de novat. (8. 42.)

2) l. 2. C. si advers. transact. (2. 22.)

3) l. 15. l. 18. l. 27. l. 29. D. de nov. (46 2.) l. 4. C. de fidejuss. (8. 41.) l. un. init. C. etiam ob chirograph. (8. 27.)

4) l. 8. pr. l. 14. pr. D. de novat. (46. 2.) l. 17. D. de cond. furtiva (13. 1.) Wenn die neue Obligation dann unter einer Bedingung contrahirt ist: so ist nach l. 72. §. 1. 2. D. de solut. (46. 3.) die mora der alten schon purgirt; nach l. 56. §. 8. D. de V. O. (45. 1.) l. 31. pr. D. de novat. (46. 2.) aber noch nicht purgirt. Sie scheinen nicht vereinigt werden zu können, die letztere Meinung aber nach den Principen der Novation am meisten für sich zu haben.

5) Cujacii Parat. ad Cod. lib. 8. tit. 41.

6) l. 11. pr. D. de novat. (46. 2.)

7) Dieser ist auch durch simple Worte möglich, ja sogar nutu, ubi fari non potest, l. 17. D. eod. Der Delegat wird hierbei gewöhnlich ein Schuldner des Schuldners seyn.

treten (zu expromittiren), und daß dieser Auftrag bei dem Gläubiger mittelst eines mit diesem vollzogenen Vertrags [1]) eine neue Obligation wirklich zur Folge hat. Denn ohne eine Einwilligung des Gläubigers kann an eine Aufhebung der alten Obligation nicht gedacht werden. Aber auch ohne Delegation, ja selbst ohne Wissen und Willen [2]) des vorigen Schuldners kann ein neuer Schuldner beim Gläubiger die Aufhebung der alten Obligation durch Errichtung einer neuen bewirken. — In beiden Fällen wird der alte Schuldner frei, selbst wenn der neue [3]) insolvent seyn sollte. — B) Wenn ein **Gläubiger** seinen Schuldner einem andern Gläubiger zum Schuldner überweiset, wobei der Gläubiger delegans, der überwiesene Schuldner delegatus, und der neue Gläubiger delegatarius [4]) ist: so entstehet eine Novation durch Veränderung der Person des Gläubigers, und indem der Schuldner bei dem neuen Gläubiger expromittirt, erlischt die Forderuug des vorigen Gläubigers.

B. Durch Erhebung eines Processes [5]).

§. 634.

Im Processe bringt die Litiscontestation [6]), wie sonst eine Stipulation [7]), eine Novation zu Wege, indem dann die Forderung **vor** der Litiscontestation durch Entstehung der Forderung **nach** der Litiscontestation aufgehoben worden ist. Für den Beklagten hat nämlich die Litiscontestation

1) l. 11. §. 1. D. eod.
2) l. 8. §. 5. D. eod.
3) l. 3. C. eod. (8. 42.)
4) l. 2. C. de O. et A. (4. 10.) l. 11. C. de donat. (8. 54.)
5) **Donelli** comm. lib. 16. c. 20.
6) **Keller** über Litiscontestation und Urtheil nach class. Röm. R. Zürich 1827.
7) l. 11. §. 1. D. de nov. (46. 2.) l. 2. C. de O. et A. (4. 10.)

die Folge, daß er von nun an so haftet, wie die Litiscontestation seine Verpflichtung festsetzt. Diese bewirkt mithin für ihn eine nothwendige Novation [1]). Tritt ein Dritter [2]) als Kläger oder Beklagter in den Proceß ein: so entsteht allerdings eine Novation, welche jedoch die unter den bisherigen Processirenden bestehende Obligation nicht aufhebt, sondern nur mit neuen Vorzügen versehen kann [3]). Auch in dem Urtheile des Richters [4]), sofern es condemnatorisch ist, liegt wiederum eine Novation; ein freisprechendes Urtheil läßt dagegen das bisherige Verhältniß ungeändert.

VI. Concurs lucrativer Gründe [5]).

§. 635.

Aus einer vom Röm. Rechte besonders anerkannten Billigkeit folgt der Satz, daß der Schuldner einer speciellen [6]) Sache dem Gläubiger, welcher sie aus einem [7]) lucrativen Grunde zu fordern, und welcher dieselbe schon in Folge eines andern Rechtsgeschäftes [8]) unentgeltlich erhalten hat, nicht nochmals zu leisten braucht, da er ohnehin nur deren Werth ersetzen, sie aber nicht nochmals anschaffen könnte. Der Gläubiger, bei welchem das Zusammentreffen der lucrativen Gründe mehrerer Obligationen sich findet,

1) l. 29. D. de novat. (46. 2.)
2) s. Note 7. voriger Seite.
3) l. 29. D. cit. „neque deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem." l. 3. C. de usur. rei jud. (7. 54.)
4) l. 3. C. cit.
5) Donelli comm. lib. 16. c. 5.
6) „qui speciem ex causa lucrativa debent." l. 17. D. de O. et A. (44. 7.)
7) Wofür man also nichts verloren, noch geleistet hat; — „et tibi nihil absit, nec quod solutum sit repeti potest." l. 61. D. de solut. (46. 3.)
8) §. 6. I. de leg. (2. 20.) l. 19. D. de O. et A. (44. 7.) Cujacii obs. 25. c. 25.

kann also nach der früheren Befriedigung der einen die andere nicht mehr geltend machen [1]). Es ist aber dazu erforderlich, daß die beiden concurrirenden causae lucrativae auf eine und dieselbe individuelle Sache gerichtet seien [2]); daß ferner der Gläubiger aus der zuerst erfüllten Obligation diese individuelle Sache selbst, nicht deren Werth, erhalten habe, — denn hat er nur den Werth erhalten, so kann er aus der zweiten Obligation die Sache selbst fordern [3]); und endlich, daß er aus der zuerst erfüllten Forderung die Sache unwiderruflich bekommen habe, — widrigenfalls für den Fall der Wiederherausgabe derselben die Obligation aus der andern causa lucrativa bestehen bleibt [4]). — Alles dieß findet bei den onerosen Forderungen nicht Statt. Zwar erlischt eine solche auch dadurch, daß der Gläubiger aus einem andern Grunde die schuldige Sache erwarb, vorausgesetzt, daß diese eine individuelle war; aber der Debitor verliert die ihm sonst zukommende Gegenleistung [5]).

VII. Erlöschung einer Forderung durch Erlöschung einer andern.

A. Bei Correalobligationen.

§. 636.

Als allgemeines Princip muß man aus den bekannten Regeln vom Nebeneinanderbestehen mehrerer Obligationen

1) l. 108. §. 4. D. de legat. I. (30.) l. 31. §. 1. D. de leg. III. (32.) l. 17. D. de O. et A. (44. 7.) l. 61. D. de solut. (46. 3.)

2) l. 66. §. 1. 2. l. 87. D. de leg. II. (31.)

3) §. 6. I. de legatis (2. 20.) l. 34. §. 2. D. eod. I. (30)

4) l. 34. §. 8. l. 82. D. eod. l. 83. §. 6. D. de V. O. (45. 1.)

5) l. 9. §. 6. D. locati (19. 2.) l. 29. pr. D. de evict. (21. 2.)

schließen, daß die Erlöschung einer Obligation an sich das Erlöschen andrer nicht nach sich ziehet. Dieser Grundsatz gilt auch bei der Correalobligation, so daß im Allgemeinen das subjective Erlöschen einer auf Mehrere bezüglichen Obligation von dem objectiven genau zu sondern ist, und weder für die correi promittendi noch für die correi stipulandi das obligatorische Verhältniß ganz oder theilweise aufhört, wenn es ganz oder theilweise für einen von ihnen erlischt. Demgemäß macht es für das Fortbestehen der Obligation der Uebrigen nichts aus, daß z. B. einer von mehreren correi promittendi, welcher verklagt worden ist, Lossprechung erlangt hat [1]), oder daß einer von mehreren correi bei höchst persönlichen Obligationen mit Tod abgehet [2]), oder einer der correi stipulandi vom Schuldner oder einer der correi promittendi vom Gläubiger beerbt wird [3]), oder eine Compensation für einen der correi (falls sie nicht socii sind) eintritt [4]). — Das Gegentheil hiervon tritt nur dann ein, wenn durch ein rein objectives Erlöschen der Obligation, obwohl dasselbe in dem Verhältnisse nur zu einem der correi veranlaßt wird, nothwendig die ganze Obligation (mittelst Erfüllung oder was derselben gleich stehet) getilgt wird, z. B. durch wirkliche Zahlung [5]), durch die dem Schuldner von Seiten eines der correi stipulandi geschehene Zuschiebung eines Schiedseides [6]), oder durch eigentliche Novation [7]).

1) l. 52. §. 3. D. de fidejuss. (46. 1.)
2) l. 19. D. de duob. reis (45. 2.)
3) l. 93. D. de solut. (46. 3.)
4) l. 10. D. de duob. reis (45. 2.)
5) §. 1. I. eodem (3. 17.)
6) l. 27. l. 28. pr. D. de jurej. (12. 2.)
7) s. §. 632. l. 31. §. 1. D. de novation. (46. 2.)

B. Bei Haupt- und Nebenschulden.

§. 637.

In einem andern Verhältnisse steht die Nebenschuld zu der Hauptschuld. Jene hat eigentlich und regelmäßig nur dann eine Existenz, wenn diese sie hat [1]). Daher erlischt die Nebenschuld, sobald die Hauptschuld erlischt [2]). Wenn dem Nebenschuldner eine separate Thatsache zur Last fällt: so bleibt die Nebenschuld bestehen, wenngleich die Hauptschuld aufgehoben werden mag [3]). Auch läßt sich denken, daß die Erlöschung der Hauptschuld aus besonderen Gründen bloß auf diese beschränkt ist; dann bestehet die Nebenschuld fernerhin. — Daß die Hauptschuld aber nicht erlösche, wenn die Nebenschuld aus Gründen, welche nur diese treffen, erlischt, versteht sich aus allgemeinen Principen von selbst [4]). Eine bloß scheinbare Ausnahme davon bilden die Fälle, daß einem Nebenschuldner auf den Belauf der Hauptschuld eine solche Acceptilation gegeben, oder von demselben eine solche Zahlung angenommen wird, welche die ganze Obligation objectiv wegräumt [5]); wie auch dann geschieht, wenn, zunächst zwar in Beziehung des Nebenschuldverhältnisses, in der That aber über die ganze Existenz der Haupt- und Nebenschuld ein Eid ausgeschworen wird, z. B. von

1) Die accessiones des Röm. Rechts, zu denen die Nebenschulden gehören, begreifen mehr, als diese, denn zu ihnen zählt man auch die Pfandrechte. l. 43 D. de solut. (46. 3.) Es kommt aber, damit die accessiones erlöschen, darauf an, daß die Hauptschuld völlig erloschen sey, d. i. nicht etwa bloß die darauf zustehende Klage; denn die accessiones bestehen, wenngleich die Hauptschuld nur als oblig. naturalis bleibt.

2) l. 43. l. 93. §. 2. D. de solut. (46. 3.) l. 71. pr. D. de fidej. (46. 1.)

3) l. 32. §. 5. D. de usur. (22. 1.) l. 88. D. de V. O. (45. 1.) l. 19. D. de dolo malo (4. 3.)

4) l. 43. fin. D. de solut. (46. 3.)

5) l. 16. pr. §. 1. D. de accept. (46. 4)

dem Bürgen darüber, daß die Schuld, für die er sich verbürgt habe, nichtig oder schon bezahlt sey [1]), — denn ein solcher Eid ist wie Zahlung (loco solutionis). Dasselbe ist der Erfolg, wenn mit gleicher Ausdehnung die Nebenschuld durch Novation erlischt [2]).

C. Bei der Remission [3]).

§. 638.

Ob die Remission Dritten nütze oder schade, ist davon abhängig, ob dieselbe eine objective Vernichtung der Obligation enthalte. Da dieß bei den Römern [4]) in der Regel nicht bei dem pactum de non petendo, sondern nur bei der acceptilatio der Fall war: so schadete und nützte auch nur Letztere, nicht Ersteres, dritten Personen [5]) in der Regel. Gegenwärtig steht das pactum de non petendo aber in gleicher Wirksamkeit mit der Acceptilation, falls nicht eine andere Absicht der Parteien klar ist; und so muß der Erlaß einer Obligation, wenn er objective Erlöschung derselben enthält, auch Dritten schaden oder nützen. Daher schadet den übrigen correis stipulandi [6]) nicht, daß einer von ihnen remittirt; denn dadurch wird bloß sein eigener Antheil aufgehoben (subjective Erlöschung der Obligation); dasselbe ist der Erfolg, wenn einem von mehreren correis promittendi, oder dem Hauptschuldner lediglich für seine

1) l. 28. §. 1. D. de jurej. (12. 2.) l. 1. §. 3. D. quar. rer. act. non dat. (44. 5.)

2) l. 31. §. 1. D. de novat. (46. 2.)

3) Vinnius, sel. quaest. I. 6. Noodt de pactis et trans. c. 28.

4) s. §. 631. S. 591. Note 1., wo die Fälle angeführt sind, in denen das pactum de non petendo, seiner Wirkung nach, der Acceptilation gleich stand.

5) l. 13. §. 7 — 12 l. 16. D. de acceptil. (46. 4.) l. 3. §. 3. D. de lib. leg. (34. 3.) l. 21. §. 5. l. 27. §. 1. l. 32. D. de pactis (2. 14.)

6) l. 27. pr. D. eod.

Person [1]), oder dem Nebenschuldner unter dieser Beschränkung remittirt wird. Wenn aber die Remission auf das ganze Verhältniß objectiv gerichtet ist (in rem pacta): so nützt und schadet dieß allen Interessenten [2]). Daher nützt zwar der remissorische Vertrag, welchen der Hauptschuldner erlangt, auch dem Bürgen [3]); aber nicht die Remission für den einen correus promittendi auch dem andern [4]), der für den Bürgen nicht auch dem Hauptschuldner [5]), und der für den einen Bürgen nicht auch dem andern [6]). Bei einem pactum in rem, das zur Remission abgeschlossen ist, kann jeder Interessent sich der exceptio doli gegen den Gläubiger bedienen, welcher des Vertrags ungeachtet klagen sollte [7]). Ein liberatorischer Vertrag des jetzigen Eigenthümers in Rücksicht seiner individuellen Sache kommt auch dem Singularsuccessor zu Gute [8]).

1) l. 22. l. 25. §. 1. D. eod.
2) l. 21. §. 5. D. eod.
3) l. 21 §. 5. D. cit.
4) l. 25. pr. D. eod.
5) l. 23. l. 24. D. eod.
6) l. 23. D. eod.
7) l. 25. §. 2. l. 26. D. eod.
8) l. 17. §. 5. D. eod.

Gedruckt bei Friedrich Ernst Huth.

